

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Procesal



TESIS DOCTORAL

Procesos y medidas cautelares en la legislación colombiana

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Héctor Enrique Quiroga Cubillos

DIRECTOR:

Pedro, dir Aragonese Alonso

Madrid, 2015



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5311215256

16
1051

HECTOR ENRIQUE QUIROGA CUBILLOS

PROCESOS Y MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEGISLACION COLOMBIANA

VOLUMEN I

DIRECTOR : D. PEDRO ARAGONESES ALONSO

LUGAR DE PRESENTACION : MADRID (ESPAÑA)

DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

1.984

A ; Mis Padres y Hermanos

A ; Luis Henry Quiroga Cubillos

(q.e.p.d.)

A : Mis hijos Andrea y Héctor Enrique

PRESENTACION

NUESTRA PRESENCIA EN LA MADRE PATRIA

Desde nuestros primeros estudios, realizados en la Universidad Nacional de Colombia, para optar el título de Abogado, sentimos la necesidad y la inclinación por una rama del Derecho; y ella fue la del Derecho Procesal.

Así las cosas, nos internamos en el apasionante mundo del proceso, observado en él la vida y el alma del mismo derecho.

Habiendo terminado tales estudios, nos movió en repetidas ocasiones la posibilidad de efectuar estudios de Postgrado en el extranjero; y no podría ser en otro país más que en España debido a que nuestro derecho procesal ha tenido la influencia del Derecho Español, no sólo desde la época de la Conquista, sino aún después de nuestra independencia, si se tiene en cuenta que nuestro primer Código Judicial lo constituye el de los Estados Unidos de Colombia de 1872, Código, reproducción del Código Judicial de Chile que a su vez había sido transcrito de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855.

Aúncuando desde entonces han tenido lugar en nuestro país dos reformas de consideración (Ley 105 de 1931 y Decreto 1400 de 1971, actual Código de Procedimiento Civil) nuestros lineamientos generales no distan mucho de la Ley pro

cesal vigente en España.

De otro lado, la gran producción doctrinaria española en el campo del proceso ha sido de una magnitud impresionante que la coloca en los primeros lugares como país contribuyente en la profundización del Derecho Procesal.

Estas pensamos, son más que suficientes razones para justificar nuestra presencia en la madre patria, a la que consideramos fuente de nuestros conocimientos y de nuestra cultura.

EL TITULO

Dentro del inagotable catálogo de temas que ofrece el derecho procesal hemos tenido a bien, junto a nuestro distinguido director de tesis Don PEDRO ARAGONESES ALONSO, elegir el relativo a " PROCESOS Y MEDIDAS CAUTELARES ", pensando en todo caso utilizar los estudios realizados por los profesores españoles, con su aplicación al regimen legal colombiano, ante el hecho de que el tema es de palpitante actualidad y en nuestro país la producción al respecto es incipiente.

De otro lado, el trabajo gira en su totalidad sobre la actual normativa de mi país, con base en los conceptos delineados por vuestra doctrina con el objeto de beneficiarnos de ellos y de contribuir con este modesto trabajo a su perfeccionamiento.

No hemos pretendido tocar la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, porque otro sería el objeto del trabajo; aún cuando la Universidad Complutense de Madrid, está formando juristas para beneficio de España, ha permitido y facilitando a personas extranjeras su formación en las aulas, para prestar una preciosa colaboración a los sistemas jurídicos iberoamericanos.

LA BIBLIOGRAFIA

Las obras utilizadas para la elaboración de esta tesis doctoral no pueden ser otras que españolas, en gran parte debido a que sus magistrales doctrinantes han venido elaborando un sistema de medidas cautelares, a través de las reuniones de profesores especializados de derecho procesal, tanto en Palma de Mayorca (1971), como Pamplona (1974), Zaragoza (1966) y otras, en trabajos independientes, y artículos de revistas aparecidos desde hace varios años.

De otro lado, es importante observar también que las producciones italianas, alemanas, etc., no tendrían una difusión en Latinoamérica si no fuera por los trabajos de traducción realizados por no pocos profesores españoles.

EL SISTEMA Y PLAN

El sistema utilizado no es otro que el presentado por el maestro JAIME GUASP DELGADO, conocido de todos nosotros y que no es más que una teoría del conocimiento aplicada al Derecho Procesal de una manera magistral.

Con estos lineamientos nos internamos en el campo de las cautelas a fin de explorar nuestra legislación, y como dijera el mismo profesor GUASP en el prólogo del " Derecho Procesal Administrativo " de JESUS GONZALEZ PEREZ, " el hecho de no forjar cada uno de sus propios conceptos no es una debilidad sino un acierto ", ya que no se trata, que cada trabajo constituya una innovación en el derecho procesal sino una exploración en el tema a que nos hemos de enfrentar, con el empleo de los instrumentos procesales que nos ofrece el sistema.

EL RESULTADO

Independientemente de la calificación que este trabajo merezca del excel

so jurado que ha de calificarlo, expresamos nuestra satisfacción por haber investigado en un tema de nuestro agrado, junto a un preceptor inolvidable como es el maestro, PEDRO ARAGONESES ALONSO, de quien no sólo recibimos valiosos consejos académicos sino claras muestras de su calor humano como educador, factor esencial lejos de la patria. Nuestro reconocimiento se extiende, además a otro hombre de sabiduría incalculable, don JAIME GUASP DELGADO, generoso de su tiempo en guiarnos y aclarar nuestras muchas dudas y conceptos que en el curso del trabajo nosasaltaban.

Agradecemos también a la Universidad Complutense de Madrid, nuestra " Alma Mater " por habernos abiertos sus puertas y colocado a nuestra disposición todos sus tesoros personales y materiales que hicieron posible la investiga - ción y sin los cuales no se hubiera realizado jamás.

Reconocemos, finalmente, la contribución de los profesores de cursillos doctorales como Don Agustín de Asís y Garrote (g.e.p.d.), Don Jesús González Pérez, Don Antonio-Hernández-Gil, Don Nicolás González Deleito-Domingo y demás conocidos que, de una u otra forma participaron en la elaboración de la tesis, con nuestra satisfacción final de haber aprendido no poco sino mucho sobre esta materia procesal, con la certeza de que la indagación científica sobre la misma no ha terminado sino que apenas comienza.

TOMO I

INDICE

INDICE GENERAL	VII
PRESENTACION	III

INTRODUCCION

1

EL PROCESO CAUTELAR

I.	CONCEPTO	2
II.	NATURALEZA JURIDICA	3
	A) ES UN PROCESO	3
	B) ES UN TIPO DE PROCESO DE FACILITACION DE EFECTOS.....	7
	C) AUTONOMIA O DEPENDENCIA DEL PROCESO CAUTELAR	15
	D) NOTAS PECULIARES DEL PROCESO CAUTELAR	16
	a) La Instrumentalidad	16
	b) La Provisionalidad	18
	c) La Mutabilidad	20
	E) FIGURAS ERRONEAMENTE CONSIDERADAS COMO CAUTELARES	21
	a. Las Pruebas Anticipadas.....	21
	b. Los Procesos Especiales	24

	c. La Ejecución Provisional de la Sentencia	27
III.	FUNDAMENTO DEL PROCESO CAUTELAR (PERICULUM IN MORA)	30
IV.	TIPOS DE PROCESOS CAUTELARES	35

PARTE GENERAL

REGIMEN JURIDICO DE PROCESO CAUTELAR

2

LOS REQUISITOS DEL PROCESO CAUTELAR

I.	SUJETOS DEL PROCESO CAUTELAR	51
	A) EL ORGANO JURISDICCIONAL	52
	B) LAS PARTES	54
	C) EL MINISTERIO PUBLICO	55
II.	OBJETO DEL PROCESO CAUTELAR	56
	A) POSIBILIDAD	56
	a) Taxatividad	56
	b) Homogeneidad pero no identidad con las medidas eje cutivas	59
	B) IDONEIDAD	60
	C) CAUSA	60
	a) Fumus Boni Iuris (La Apariendia de Derecho)	60
	b) Suspectio Debitoris (Sospecho del Deudor)	61
III.	DE LA ACTIVIDAD DEL PROCESO CAUTELAR	63
	A) LUGAR	63
	B) TIEMPO	63
	C) FORMA	65

PROCEDIMIENTO DEL PROCESO CAUTELAR

I.	NOTAS PECULIARES DEL PROCEDIMIENTO CAUTELAR	68
	A) SUMARIEDAD	68
	B) URGENCIA	69
II.	FASE DE NACIMIENTO DEL PROCESO CAUTELAR	70
	A) DEMANDA CAUTELAR	70
	a) En cuanto al lugar	70
	b) En cuanto al tiempo	70
	c) En cuanto a la forma	70
	B) JURAMENTO	70
	C) CAUCION O CONTRACAUTELA	71
	D) DECISION CAUTELAR	72
III.	FASE DE DESARROLLO DEL PROCESO CAUTELAR	72
	A) PRACTICA	72
	a) Una Providencia por lo menos Notificada al Peticio nario.....	73
	b) Toma de Posesión de los auxiliares de la Justicia.	73
	c) Constitución en diligencia pública	73
	B) CONTRADICCION	74
IV.	FASE DE TERMINACION DEL PROCESO CAUTELAR	75
	A) TERMINACION NORMAL	75
	B) TERMINACION ANORMAL	75
	a) Por terminación del proceso	76
	1. Desistimiento	76
	2. Transacción	76

3.	Perención	77
b)	Por Inactividad del Demandante	77
c)	Por desistimiento del Proceso Cautelar	78
d)	Por absolución del Demandado	78
e)	Por oposición de terceros	79
1.	Ser tercero	79
2.	Ser poseedor	80
f)	Por vencimiento de términos	83
g)	Por revocatoria del auto sustento del proceso principal	86
h)	Por sentencia inhibitoria	87

4

EFECTOS DEL PROCESO CAUTELAR

I.	EFECTOS JURIDICO-MATERIALES DEL PROCESO CAUTELAR	90
A)	DIRECTOS	90
B)	INDIRECTOS	91
II.	EFECTOS JURIDICO-PROCESALES DEL PROCESO CAUTELAR	92
A)	LA COSA JUZGADA	92
B)	RETIRADA DE LA DEMANDA	93
C)	INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION	93
III.	EFECTOS ECONOMICOS DEL PROCESO CAUTELAR	95

PARTE ESPECIAL

TITULO PRIMERO

C) MOMENTO DESDE EL CUAL SE DEBE CONSIDERAR DESEMBARGADO

LOS BIENES 284

a)	Levantamiento del embargo en inmuebles	263
b)	Si el demandado presta caución	265
c)	Por terminación del proceso ejecutivo	267
d)	Por vencimiento del plazo después de ejecutoriada la sentencia	271
e)	Levantamiento del embargo para perfeccionar otro..	271
f)	Por razones del proceso de expropiación	277
g)	Por vencimiento del plazo para demandar proceso — ejecutivo	277
h)	Por prosperidad del beneficio de exclusión	278
i)	Por prosperidad del beneficio de competencia	278
j)	Por tratarse de bienes inembargables	279
k)	Por tratarse de bienes propios de cónyuge embarga do	279
l)	Por encontrarse embargados y secuestrados los bie nes que nuevamente han sido objeto de la misma me dida	280
ll)	Levantamiento del embargo como consecuencia del levantamiento del secuestro	281
m)	Por ser los embargos practicados excesivos	282
n)	Como consecuencia de la oposición a la práctica de la medida	282
ñ)	Por tratarse de derechos de un tercero	282
o)	Por haber sido adquiridos los bienes con pacto de reserva de dominio	283
p)	Por justificación del presunto usurpador de la pa tente de su conducta	284

b)	Mejoras plantadas en terrenos baldíos	232
c)	Derechos que por razón de mejoras o cosechas tenga una persona que ocupe un predio de propiedad de otra	232
d)	Salarios devengados o por devengar	233
e)	Derechos comunes y proindivisos	233
f)	Concurrencia de embargo de diferente jurisdicción.	236
C)	POR SECUESTRO	236
a)	Concepto de secuestro	236
b)	Naturaleza jurídica del secuestro	242
1.	Es la afectación de bienes embargados median <u>te</u> su aprehensión material y jurídica	242
2.	Su guarda, custodia y administración por per <u>sonas</u> que reciben encargo procesal	244
c)	Fundamento del secuestro	245
d)	Requisitos del secuestro	246
e)	Procedimiento del secuestro	247
1.	Nacimiento	247
2.	Desarrollo	247
a)	Manera de practicarlo	247
b)	Reglas que se deben tener en cuenta en el momento de la diligencia	249
3.	Terminación	261
f)	Efectos del secuestro	261
III.	FASE DE TERMINACION DEL EMBARGO	263
A)	TERMINACION NORMAL	263
B)	TERMINACION ANORMAL (DESEMBARGO)	263

h)	En los procesos divororios	218
i)	En los procesos de restitución de la cosa vendida con pacto de reserva de dominio	218
j)	En los procesos cautelares relativos a la protec- ción de la propiedad industrial	218
k)	En los procesos relativos a protección de la propie- dad intelectual	219
l)	En los procesos en que se ofrece garantía prendaria	219
ll)	En los procesos de sucesión.....	219
	1. Antes de los inventarios	219
	2. Después de los inventarios	220
m)	En el recurso de revisión	220
n)	En los concordatos preventivos	220
III.	DE LA ACTIVIDAD	221

13

PROCEDIMIENTO DEL EMBARGO Y SECUESTRO

I.	FASE DE NACIMIENTO	226
II.	FASE DE DESARROLLO	226
A)	POR ANOTACION	227
a)	En inmuebles	228
b)	En naves	229
c)	En aeronaves	229
d)	En automotores	230
e)	En acciones	230
B)	POR NOTIFICACION	231
a)	Créditos	231

A)	RECAE SOBRE DERECHOS PATRIMONIALES	195
B)	PERTENENCIA DEL DEMANDADO.....	195
a)	Juramento de Manifestación	197
b)	Embargo de bienes en poder de terceros.....	201
c)	Pertenencia discutida	202
	1. Por omisiones del demandado. Acción oblicua..	202
	2. Por acciones del demandado. Acción Pauliana.	204
C)	HOMOGENEIDAD PERO NO IDENTIDAD CON LAS MEDIDAS EJECUTIVAS	
a)	Cualitativa	208
	1. Especial o singular	209
	2. General o común	209
	3. Inembargabilidad	210
	a) Por razones de interés público	211
	b) Por razones de interés social	212
	c) Por razones de interés privado	212
b)	Cuantitativa	213
	1. La totalidad	213
	2. Lo suficiente	214
D)	TAXATIVIDAD DEL EMBARGO Y SECUESTRO DE BIENES	214
a)	En el proceso ordinario	214
b)	En el proceso de nulidad, divorcio del matrimonio civil, separación de bienes y liquidación de sociedades conyugales	215
c)	En los procesos ejecutivos singulares y concursales	215
d)	En el proceso de lanzamiento	216
e)	En los procesos de restitución de la tenencia	217
f)	En los procesos de pago por consignación	217
g)	En los procesos de declaración de bienes vacantes o mostrencos	217

	C) TERMINACION	175
VI.	EFFECTOS DE LA SEPARACION PROVISORIA	176
	A) MATERIALES DIRECTOS	176
	B) MATERIALES INDIRECTOS	176

II. EL PROCESO CAUTELAR DE TIPO PATRIMONIAL

EL EMBARGO Y EL SECUESTRO

11

GENERALIDADES

I.	CONCEPTO DE EMBARGO	180
II.	NATURALEZA JURIDICA DEL EMBARGO	185
	A) ES UN PROCESO CAUTELAR	185
	B) ES DE TIPO PATRIMONIAL	186
	C) IMPIDE JURIDICAMENTE LA DISPONIBILIDAD DE BIENES	189
III.	FUNDAMENTO DEL EMBARGO	190

REGIMEN JURIDICO DEL EMBARGO Y SECUESTRO

12

REQUISITOS DEL EMBARGO Y SECUESTRO

I.	SUBJETIVOS	194
II.	OBJETIVOS	195

LA SUSPENSION PROVISORIA DE ACTOS DE ASAMBLEA Y JUNTAS DE SOCIOS

I.	CONCEPTO DE LA SUSPENSION PROVISORIA	162
II.	NATURALEZA JURIDICA DE LA SUSPENSION PROVISORIA	163
	A) ES UN PROCESO CAUTELAR DE TIPO PERSONAL	163
	B) PARALIZA PROVISIONALMENTE LOS EFECTOS DEL ACTO IMPUGNADO.	164
III.	FUNDAMENTO DE LA SUSPENSION PROVISORIA	165
IV.	REQUISITOS DE LA SUSPENSION PROVISORIA	165
V.	PROCEDIMIENTO DE LA SUSPENSION PROVISORIA	166
VI.	EFFECTOS DE LA SUSPENSION PROVISORIA	166

POR EL DERECHO DE FAMILIA

LA SEPARACION PROVISORIA DE LOS CONYUGES

I.	CONCEPTO DE SEPARACION PROVISORIA	169
II.	NATURALEZA JURIDICA DE LA SEPARACION PROVISORIA	172
	A) ES UN PROCESO CAUTELAR DE TIPO PERSONAL	172
	B) SUSPENDE PROVISIONALMENTE LAS OBLIGACIONES CONYUGALES ...	172
III.	FUNDAMENTO DE LA SEPARACION PROVISORIA	173
IV.	REQUISITOS DE LA SEPARACION PROVISORIA	173
V.	PROCEDIMIENTO DE LA SEPARACION PROVISORIA	174
	A) NACIMIENTO	174
	B) DESARROLLO	175

III.	REQUISITOS	142
A)	SUBJETIVOS	142
B)	OBJETIVOS	142
C)	ACTIVIDAD	143
IV.	PROCEDIMIENTO	143
A)	NACIMIENTO	143
a)	Petición	143
b)	Auto que decreta la Inspección Judicial	145
B)	DESARROLLO	145
C)	TERMINACION	147
	Levantamiento por Caución	147
V.	EFFECTOS	148

POR EL DERECHO DE OBLIGACIONES

8

EL ARRAIGO DEL QUEBRADO

I.	CONCEPTO DE ARRAIGO	152
II.	NATURALEZA JURIDICA DEL ARRAIGO	155
A)	ES UN PROCESO CAUTELAR DE TIPO PERSONAL	155
B)	RECAE SOBRE EL CUERPO DE COMERCIANTES DECLARADOS EN QUIEBRA	158
III.	REQUISITOS DEL ARRAIGO.....	158
A)	SUBJETIVOS	158
B)	OBJETIVOS	158
C)	DE LA ACTIVIDAD	158
IV.	PROCEDIMIENTO DEL ARRAIGO	158
V.	EFFECTOS DEL ARRAIGO	158

B)	OBJETIVOS	116
a)	Fumus Boni Iuris (Apariencia de derecho)	116
b)	Taxatividad	117
c)	Homogeneidad	117
C)	DE LA ACTIVIDAD.....	120
IV.	PROCEDIMIENTO DE LA INTERDICCION PROVISORIA	121
A)	NACIMIENTO	121
B)	DESARROLLO	121
a)	Práctica	121
1.	Por Anotación	121
2.	Por Notificación	122
b)	Contradicción	122
C)	TERMINACION	123
a)	Terminación normal	123
b)	Terminación anormal	123
V.	EFFECTOS DE LA INTERDICCION PROVISORIA	124
A)	DIRECTOS	124
B)	INDIRECTOS	125

POR EL DERECHO DE BIENES

7

SUSPENSION CAUTELAR DE OBRA NUEVA - DESTRUCCION CAUTELAR DE OBRA RUINOSA

I.	CONCEPTO	128
II.	NATURALEZA JURIDICA	135
A)	ES UN PROCESO CAUTELAR	135
B)	RECAE SOBRE LA VOLUNTAD DEL DEMANDADO	142

DE LOS PROCESOS CAUTELARES

I. EL PROCESO CAUTELAR DE TIPO PERSONAL

5

GENERALIDADES

I.	CONCEPTO DE PROCESO CAUTELAR DE TIPO PERSONAL	99
II.	NATURALEZA JURIDICA DEL PROCESO CAUTELAR DE TIPO PERSONAL	103
	A) ES UN PROCESO CAUTELAR	103
	B) DEBE RECAER SOBRE EL CUERPO O LA VOLUNTAD DE LAS PERSONAS	104
III.	FUNDAMENTO (PERICULUM IN DAMNI)	105
IV.	TIPOS DE PROCESO CAUTELARES PERSONALES	107

POR EL DERECHO DE PERSONAS

6

LA INTERDICCION PROVISORIA

I.	CONCEPTO DE INTERDICCION PROVISORIA	110
II.	NATURALEZA JURIDICA DE INTERDICCION PROVISORIA	112
	A) ES UN PROCESO CAUTELAR	112
	B) ANTICIPA EFECTOS QUE HA DE PRODUCIR LA SENTENCIA	113
III.	REQUISITOS DE LA INTERDICCION PROVISORIA	115
	A) SUBJETIVOS	115

A)	REQUISITOS	195
a)	Subjetivos	195
b)	Objetivos	198
c)	De actividad	198
VI	PROCEDIMIENTO	198
A)	PROVIDENCIA QUE ORDENA CONSTITUIRLA	198
B)	CONSTITUCION Y CALIFICACION	198
VII.	EFFECTOS DE LAS CAUCIONES	199

OTRAS MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIALES

I.	GUARDA Y APOSICION DE SELLOS	203
A)	APOSICION DE SELLOS	203
B)	LA GUARDA DE BIENES	204
C)	TERMINACION DE DICHAS MEDIDAS	204
II.	ALIMENTOS PROVISIONALES EN PROCESOS DIFERENTES A LOS PROCESOS DE ALIMENTOS DEFINITIVOS	205
III.	EL COMISO DE ARTICULOS FABRICADOS CON VIOLACION DE LA PATENTE.	207

i)	Caución en el proceso de expropiación	186
j)	Caución para garantizar la abstención de realizar actos con violación de la patente	186
k)	Caución en caso de pérdida del certificado de depó- sito o bono de prenda	187
l)	Caución para suspender el cumplimiento de la sen- tencia recurrida en casación	187
ll)	Contracautelas para concesión del recurso de ape- lación en el efecto suspensivo.....	188
B)	CAUCIONES QUE CONSTITUYEN CONTRACAUTELAS	189
a)	Contracautelas para decretar y practicar embargos	190
b)	Contracautela para tramitar incidente de levanta- miento del secuestro	190
c)	Contracautela para impedir el secuestro	191
d)	Contracautela para suspender actos de asambleas o juntas de socios.....	191
e)	Contracautela para impedir que se embarguen bie- nes u obtener el levantamiento de las practicadas	192
f)	Contracautelas para practicar medidas preventivas en el recurso de revisión	193
g)	Contracautela para practicar medidas preventivas por competencia desleal	193
h)	Contracautela para decretar secuestros o suspen- der la representación, ejecución, exhibición de una obra teatral, musical, cinematográfica y otras semejantes	194
C)	MEDIDAS CAUTELARES QUE NO REQUIEREN CONTRACAUTELA	194
V.	REGIMEN JURIDICO DE LAS CAUCIONES	195

IV.	PROHIBICION DE HACER PROPAGANDA A LOS ARTICULOS PRODUCIDOS CON VIOLACION DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL	131
-----	--	-----

MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIALES

25

CAUCIONES PROCESALES

I.	CONCEPTO DE CAUCION	144
II.	NATURALEZA JURIDICA	145
	A) SON MEDIDAS CAUTELARES	145
	a) Instrumentalidad	146
	b) Provisionalidad	149
	c) Mutabilidad	149
	B) ASEGURA LOS EFECTOS NEGATIVOS QUE HAN DE PRODUCIR OTRAS ACTUACIONES PROCESALES	149
III.	FUNDAMENTO DE LAS CAUCIONES	150
IV.	TIPOS DE CAUCIONES	151
	A) CAUCIONES QUE POR SI SOLAS CONSTITUYEN CAUTELAS	151
	a) Caucción de agente oficioso procesal	152
	b) Caucción del secuestro	152
	c) Caucción en recurso de revisión	153
	d) Caucción del administrador	184
	e) Caucción del liquidador	185
	f) Caucción del sindico de la quiebra	185
	g) Caucción del usufructuario	185
	h) Caucción del albacea	186

III.	FUNDAMENTO	112
IV.	TIPOS DE MEDIDAS CAUTELARES	114

MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

23

SOBRE MENORES DE EDAD

I.	CUIDADO Y PROTECCION DEL CONYUGE MENOR	117
	A) NOCION GENERAL	117
	B) REQUISITOS	118
	C) PROCEDIMIENTO	119
	D) EFECTOS	119
II.	CUIDADO Y PROTECCION DE HIJOS MENORES	119
	A) CONCEPTO	119
	B) REQUISITOS	120
	C) PROTECCION	120
	D) EFECTOS	121
III.	REGLAMENTACION DE VISITAS	122

24

SOBRE MAYORES DE EDAD

I.	MEDIDAS PARA ESTABLECER EL ESTADO DE PREÑEZ	124
II.	MEDIDAS SOBRE INTERDICTOS PROVISIONALES POR DEMENCIA	126
III.	SUSPENSION DE PRESENTACION, EJECUCIONES, EXHIBICION DE OBRA TEATRAL, MUSICAL, CINEMATOGRAFICA, FILARMONICA, ETC.....	127

ALIMENTOS PROVISORIOS EN PROCESOS DE ALIMENTOS

I.	CONCEPTO DE ALIMENTOS PROVISORIOS	102
II.	NATURALEZA JURIDICA	103
	A) ES UN PROCESO CAUTELAR	103
	B) ES UN PROCESO CAUTELAR PATRIMONIAL	104
III.	FUNDAMENTO DE LOS ALIMENTOS PROVISORIOS	105
IV.	REQUISITOS	105
	A) SUBJETIVOS	105
	B) OBJETIVOS	106
	C) DE LA ACTIVIDAD	106
V.	PROCEDIMIENTO	106
VI.	EFFECTOS	106

TITULO SEGUNDO

I. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

GENERALIDADES

I.	CONCEPTO DE MEDIDA CAUTELAR	110
II.	NATURALEZA JURIDICA	111
	A) ES UN ACTO DE ASEGURAMIENTO	111
	B) ACTUACION PROCESAL ESPECIFICA A EFECTOS SECUNDARIOS DEL PROCESO	112

III.	TERMINACION DE LAS CAUTELAS DE ANOTACION DE DEMANDA	82
A)	TERMINACION NORMAL	82
B)	TERMINACION ANORMAL	82
a)	Por falta de notificación oportuna del auto admiso rio de la demanda	82
b)	Por inactividad del demandante	83

EFECTOS DE LA ANOTACION CAUTELAR DE LA DEMANDA

I.	EFECTOS DIRECTOS	86
A)	NO SACA LOS BIENES DEL COMERCIO HUMANO	86
B)	PRODUCE EFECTOS DE COSA JUZGADA FRENTE A ADQUIRIENTES...	87
C)	EXITO DE LA PRETENSION	87
D)	EFICACIA DE REGISTROS ANTERIORES A LA ANOTACION DE LA DEMANDA	88
E)	EFICACIA DE REGISTROS POSTERIORES DE ACTOS CELEBRADOS CON ANTERIORIDAD A LA ANOTACION CAUTELAR DE LA DEMANDA..	89
F)	EFICACIA DE REGISTROS POSTERIORES DE ACTOS CELEBRADOS CON POSTERIORIDAD A LA ANOTACION CAUTELAR DE LA DEMANDA.	92
G)	EFICACIA DE LAS ENAJENACIONES POSTERIORES A UNA ANOTA CION CAUTELAR DE LA DEMANDA FALLIDA	93
H)	EFICACIA DE LA ANOTACION CAUTELAR DE LA DEMANDA FRENTE AL EMBARGO	98
II.	EFECTOS INDIRECTOS	99
III.	EFECTOS JURIDICO PROCESALES	99
IV.	EFECTOS ECONOMICOS	100

REQUISITOS DE LA ANOTACION CAUTELAR DE LA DEMANDA

I.	SUBJETIVOS	66
II.	OBJETIVOS	67
	A) TAXATIVIDAD	67
	a) En el recurso de revisión	69
	b) En los procesos de quiebra	70
	c) En los procesos de expropiación, deslinde y mejora miento, servidumbre y división de bienes comunes..	71
	B) HOMOGENEIDAD PERO NO IDENTIDAD CON LA EJECUCION	71
III.	DE LA ACTIVIDAD	73

PROCEDIMIENTO DE LA ANOTACION CAUTELAR DE LA DEMANDA

I.	NACIMIENTO	75
	A) PETICION DE ANOTACION	75
	B) CAUCION	75
II.	DESARROLLO DE LA ANOTACION CAUTELAR DE LA DEMANDA	79
	A) EXISTENCIA DE UN REGISTRO PUBLICO	79
	B) UN OFICIO DIRIGIDO AL REGISTRADOR	80
	a) Oficina de registro de instrumentos públicos	80
	b) Capitanía de Puerto	81
	c) Oficina de registro aeronáutico nacional	81
	d) Oficina de registro de automotores	81

ANOTACION DE DEMANDA DE MERA PUBLICIDAD

I.	PUBLICIDAD INFORMATIVA A NIVEL DE MERA NOTICIA	40
II.	PUBLICIDAD PROTECTORA A NIVEL DE FE PUBLICA REGISTRAL	41
	A) EFICACIA NEGATIVA	43
	B) NO PRODUCE EFECTOS POSITIVOS	43
	C) NO IMPIDE EL TRAFICO JURIDICO DE BIENES	44

ANOTACION DE DEMANDA DE TIPO CAUTELAR

I.	ANOTACIONES DE DEMANDA QUE NO CONSTITUYEN CAUTELAS	46
	A) ANOTACION DE LA DEMANDA DE INTERDICCION PROVISORIA	46
	B) ANOTACION DEL ESTADO DE QUIEBRA	48
II.	ANOTACIONES DE DEMANDA QUE CONSTITUYEN CAUTELAS	49
	A) ANOTACION CAUTELAR DE LA DEMANDA EN DONDE SE EJERCEN DERECHOS REALES	49
	B) ANOTACION CAUTELAR DE LA DEMANDA EN DONDE SE PIDE LA RESTITUCION DE BIENES DIRECTAMENTE O COMO CONSECUENCIA DE UNA PRETENSION DISTINTA	50
	a) Indemnización de perjuicios ocasionados al arren- datario	51
	b) Indemnización de perjuicios por accidente de trán- sito	52
	C) ANOTACION DE DEMANDA CUANDO SE RECLAMA UNA UNIVERSALIDAD DE BIENES DE CUALQUIER NATURALEZA	61

TOMO II

14

EFECTOS DEL EMBARGO Y SECUESTRO

I.	EFECTOS JURIDICO MATERIALES	1
	A) SACA LOS BIENES DEL COMERCIO HUMANO	1
	B) EXTENSION DEL EMBARGO Y SECUESTRO	19
II.	EFECTOS JURIDICO PROCESALES (RETIRADA DE LA DEMANDA, INTERRUPT CION A LA PRESCRIPCION)	22
III.	EFECTOS ECONOMICOS	22

EL REGISTRO O ANOTACION CAUTELAR DE LA DEMANDA

15

GENERALIDADES

I.	CONCEPTO DE ANOTACION CAUTELAR DE LA DEMANDA	31
II.	NATURALEZA JURIDICA DE LA ANOTACION CAUTELAR DE LA DEMANDA ...	36
	A) ES UN PROCESO CAUTELAR DE TIPO PATRIMONIAL	37
	B) VINCULA A TERCEROS ADQUIRIENTES CON EFECTOS DE COSA JUZ- GADA	37
III.	FUNDAMENTO DE LA ANOTACION CAUTELAR DE LA DEMANDA	38
IV.	TIPOS DE ANOTACION CAUTELAR DE LA DEMANDA	38

ABREVIATURAS MAS USADAS

C.C.	Código Civil Colombiano
C.P.C.E.M.	Código de Procedimiento Civil. Estado Moreles (México)
C.Co.	Código de Comercio Colombiano
C.P.C.I.	Código de Procedimiento Civil Italiano
C.J.	Código Judicial
C.P.C.Co.N.	Código de Procedimiento Civil y Comercial para la Nación (Argentina)
C.P.C.	Código de Procedimiento Civil Colombiano
C.P.C.M.	Código Procesal Civil y Mercantil (Guatemala)
C.S.J.	Corte Suprema de Justicia
Ed.	Edición
E.U.N.S.A.	Ediciones Universidad de Navarra
E.J.E.A.	Ediciones Jurídicas Europa-América
G.J.	Gaceta Judicial
L.E.C.	Ley de Enjuiciamiento Civil Española
L.H.	Ley Hipotecaria Española
M.F.	Ministerio Fiscal
R.H.	Registro Hipotecario Español
R.I.C.D.P.	Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
Revis. Ib.Fil.Proc.	Revista Iberoamericana y Filipina de Derecho Procesal.

Revis.Der.Proc.	Revista de Derecho Procesal
Rev.dir.proccess	Revista de Derecho Procesal
Rev.Ib.Der.Proc.	Revista Iberoamericana de Derecho Procesal
S.	Siglo
T.S.D.J.	Tribunal Superior del Distrito Judicial
T.S.	Tribunal Superior Español
ZPO	Código de Procedimiento Civil Alemán
R.P.I.	Registro de Propiedad Inmobiliaria
R.M.	Registro Mercantil Español
R.P.M.	Registro de Propiedad Mobiliaria Española

" Al intepretar la Ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Ley sustancial *... "

* Art. 4o. del Código de Procedimiento Civil Colombiano.

INTRODUCCION

PROCESO CAUTELAR

I. CONCEPTO

Desde cualquier punto de vista, al litigante le interesa la efectividad del proceso que instaura; el Estado debe actuar de una manera " efectiva y oportuna ", para dar seguridad jurídica y material a los efectos que han de producir sus fallos.

Si el Estado debe garantizar la paz comunal, uno de los medios para alcanzarla es el proceso, como instrumento al servicio del hombre, cuando el proceso es lento y tortuoso debe auxiliarlo con instrumentos también eficaces que aseguren esa paz, en condiciones de justicia. Y ello no se logra si quien pide le sean tutelados sus derechos observa que a medida que avanza el proceso desaparecen las circunstancias que pueden satisfacer efectivamente la pretensión incoada; tal individuo miraría con desconfianza al aparato estatal, y su forma de administrar justicia.

El estado se mueve en un plano diferente al del litigante; para aquel sería causa de un trauma social que pondría en peligro su vigencia; para el litigante constituye un trauma personal frente al Estado. Por ello, el Estado utiliza mecanismos rápidos y eficaces que impidan el incumplimiento de sus sentencias por los obligados; este mecanismo no es otro que el llamado " proceso

cautelar ". En la eficacia de los procesos, no solamente están interesados los litigantes sino también el Estado, para que sus sentencias no sean burladas (1), y por ello se pretende con el proceso cautelar remover los obstáculos a la eficacia del proceso principal.

Al indagar el concepto de algo, preguntamos ¿ Qué es ? por lo que se debe establecer ante el criterio para definir, consideramos, con CALAMANDREI (2), que el concepto de cautela tiene un criterio teleológico, es decir, por los fines en sí mismo. Así las cosas, diremos que el proceso cautelar es aquel que facilita a otro proceso principal la eficacia de sus efectos (3) (4).

II. NATURALEZA JURIDICA

A) ES UN PROCESO

Las cautelas constituyen un verdadero proceso que corre paralelo al llamado proceso principal. Se dirá que no contiene los postulados de un proceso; pero en él se ejerce una acción (llamada cautelar) " Acción Cautelar. La acción cautelar se contrapone a la acción definitiva, lo mismo que el proceso cautelar al proceso definitivo; recordará el lector que el proceso cautelar no es un tertium genus entre el proceso jurisdiccional y el ejecutivo. Sino una variedad del uno y del otro caracterizada por la naturaleza mediata de su función (supra No. 41 y s.); hay, por tanto, una acción jurisdiccional o una acción ejecutiva cautelar distinta a la acción jurisdiccional o ejecutiva definitivas.

" A propósito de la acción cautelar jurisdiccional ha de observarse que como la acción jurisdiccional en general no es el poder de obtener una decisión favorable, sino sólo de obtener una decisión, del mismo modo esta acción cuando es cautelar no consiste en un poder de obtener la medida cautelar, sino sólo una decisión en vía cautelar; la obligación del juez en vía cautelar, como en la definitiva, no es dar la razón a quien la pide, sino sólo a quien la tiene; por lo tanto, el derecho de la parte frente a él se limita a la exigencia

de aquella actividad en que consiste el ejercicio de la potestad jurisdiccional cautelar, y este derecho corresponde, tanto al actor como al demandado " (5) (6); se involucra una pretensión cautelar; se decide sobre ella, se otorga contra ella el derecho de contradicción y está dotado de un procedimiento que aun cuando esté invertida su secuencia no la desnaturalizada.

Los alemanos (7) al comentar su código de procedimiento civil (ZPO), de 30 de Enero de 1877 en su artículo 916 y s.s. vieron la tramitación del embargo preventivo todo un proceso y así lo denominaron " proceso de embargo ".

Los italianos hablaron del proceso cautelar (8), dándole diferentes clasificaciones y observándolo desde diferentes puntos de vista; pero la mayoría por no decir que todos han mantenido criterios de que el proceso cautelar es un proceso especial, ya que así lo consagró el código de procedimiento civil italiano (libro cuarto bajo el título I, capítulo III).

La ley de enjuiciamiento civil española no contiene una regulación sistemática en esta materia; en el proyecto de ley de enjuiciamiento ha sido tocado este tema pero no se habló de proceso cautelar; su doctrina mas autorizada así la entiende y la explica.

En lo que respecta a Colombia, las cautelas han sido vistas y reguladas de diferentes maneras: en el código de 1872 se utilizó la nomenclatura de " Acciones del demandante " , a partir del capítulo V, Tomo I, del libro segundo incluyendo en el parágrafo primero : el arraigo del demandado, en el parágrafo segundo: el depósito o secuestro, en que se utiliza una expresión que determina claramente la finalidad de esa llamada acción accesorio del demandante : " para evitar que el juicio sea ilusorio en sus defectos " ; es decir, desde esta época el legislador entendió la cautela, como una acción accesorio

al proceso principal, llamada a asegurar la efectividad de los resultados del juicio. En el párrafo tercero se incluyó la acción exhibitoria de bienes raíces y muebles; en el párrafo cuarto se desarrolla el asentamiento, que es la entrega a título de tenencia hecha por el juez de la cosa objeto del proceso, si el demandado entra en rebeldía (no comparecía o no contestaba la demanda); en el párrafo quinto se trata la prueba en rebeldía, por la cual se ordena seguir adelante el proceso con los estrados del juzgado, para otros casos de rebeldía del demandado; a su vez el demandante puede elegir entre el asentamiento o la prueba en rebeldía; estas llamadas " acciones " antes que asegurar el efecto de juicio pretendían asegurar la comparecencia del demandado al proceso; en el párrafo sexto se incluye " la suspensión " que es una típica cautela que puede ser el origen de la inscripción, anotación o registro de la demanda en nuestro medio, ya que esta medida pretendía suspender durante el juicio " cualquier transacción u operación industrial " que puede vulnerar los derechos del demandante y señala la venta, la cesión o transformación de la cosa demandada, (Art. 341). Podemos observar que el primer código nacional colombiano no distingue entre acción y proceso; esta terminología es propia del derecho procesal moderno. Por ejemplo se decía en el artículo 190 que las palabras causa, pleito , juicio , tienen una misma significación.

Al mencionar este código acciones accesorias del demandante, se puede pensar, que existen acciones principales, y que aquellas estarán al servicio de estas.

El código judicial de 1873, (Estados Unidos de Colombia), fue sustituido por la ley 147 de 1888, no sin antes haber sido modificado por las leyes 61 de 1886, 46 de 1887, 153 de 1887 y 30 de 1888. La inserción en el libro primero, de una nueva ley de 230 artículos llevó a la modificación de la nomenclatura; así, el artículo 189 que encabeza el libro segundo, pasó a ser 254

con su misma redacción. Y el capítulo quinto ACCIONES ACCESORIAS DFL DEMANDANTE, parágrafo primero, correspondiente al arraigo, se mantuvo en su redacción entre los artículos 363 al 371, que cuya materia antes correspondían a los artículos 297 al 305. El parágrafo segundo titulado " DEPOSITO O SECUESTRO, fue derogado por la Ley 40 de 1907, artículo 178, esta ley, a partir del artículo 8 al 32 reemplazó este capítulo. El depósito o secuestro se modificó por " secuestro y embargo " como se ve, en la legislación colombiana, se delinea una terminología más precisa.

Esta nomenclatura se mantiene en la efímera Ley 103 de 1923 (código de Ismael Arbeláez) y en la ley 105 de 1931 que destina el título V. del Libro II, a las acciones accesorias con un capítulo para el embargo y secuestro; y el capítulo segundo para las exhibiciones.

Los comentaristas de la época (Hernando Devís Echandía , Antonio J. Pardo, Julio González Vásquez, Hernando Morales Molina, entre otros) tomando como punto de partida la nomenclatura utilizada por el código, sostenían que estas acciones accesorias eran de carácter preventivo y cautelar (9) o precautelativa (10) que buscaban asegurar los efectos de las " acciones principales "; por lo tanto cualesquiera sean los principios que se adopten frente al tema de la acción con la petición de cautelas, se trata de una acción (bien como elemento de un proceso cautelar, o bien como algo anterior al proceso).

De otro lado, si con la petición de cautelas se involucra una reclamación cautelar, bien sea con la demanda (sistema colombiano) o previamente anterior al proceso (sistema español) para que el juez los satisfaga inmediatamente no cabe la menor duda que estamos frente a una pretensión cautelar, que constituye el elemento principal de este tipo de proceso.

El proceso, en general, constituye una actividad (lugar, tiempo y forma) (11) y además un procedimiento en donde la secuencia (acción, pretensión y contradicción, decisión y ejecución) se encuentra invertida (acción, pretensión deciisión, ejecución y contradicción) que no impide su realización total como corresponde a todo proceso.

B) ES UN TIPO DE PROCESO DE FACILITACION DE EFECTOS.

El proceso principal debe remover ciertos obstáculos que impiden su nacimiento, (y se llamará proceso para la obtención de requisitos, como sería la creación de un título); su desarrollo; su eficacia. Esta última categoría es tá constituida por el proceso cautelar, porque tiende a remover los obstáculos a la eficacia de la sentencia que se producirá en el proceso principal. A este respecto conviene recordar que han sido muchos los esfuerzos de la doctrina por situar este tipo de proceso dentro del sistema procesal civil. (12)

Los alemanes lo han colocado como apéndice del proceso de ejecución forzada y, al decir del profesor CALAMANDREI, se ha reaccionado, contra ello colocándolo como una parte del proceso de cognición . Sin embargo, este autor ha tratado de incluirlo entre la cognición y la ejecución (13); para construir una ejecución tripartita y así darle entidad a la función cautelar.

Las legislaciones procesales modernas señalan últimamente una actuación especial a este tipo de proceso lo que ha dado lugar a situarlo en el libro cuarto de los códigos de procedimiento. El primer paso para esta forma de regulación corresponde al código de procedimiento civil italiano, que dedica el libro cuarto a " los Procedimientos Especiales ". Y el título primero trata " de los Procedimientos Sumarios "; corresponde al capítulo tercero " los Procedimientos Cautelares "; entre los que se incluyeron el secuestro, el procedimiento de denuncia de obra nueva y de daño temido, los procedimientos de

instrucción preventiva, y los procedimientos de urgencia.

La ley de enjuiciamiento civil española no contiene una regulación sistemática y se encuentra dispersa por el articulado; pero la parte que mayormente lo concentran es el título XIV (" De los Embargos Preventivos y del Aseguramiento de los Bienes Litigiosos ") del libro II dedicado a la jurisdicción contenciosa.

Profesores de derecho procesal de España, en reuniones prelegislativas para actualizar la vieja ley de enjuiciamiento civil española (Saragoza, Marzo de 1966, II reunión de profesores de derecho procesal (14); Palma de Mayorca, Mayo de 1971, VII reunión (15); Pamplona, Octubre de 1973, IX reunión) (16) propusieron dedicar un libro a los procesos y medidas cautelares, con una regulación sistemática (17); además no vincular cautelas al trámite de cada proceso lo cual daría lugar a repeticiones y por qué no ha confusiones y contradicciones, especialmente en el proceso de ejecución (18).

Los profesores de derecho procesal de España (reuniones que en nuestro país han brillado por su ausencia) han analizado sus puntos; entre ellos hay que mencionar el proyecto básico presentado por el profesor VICTOR FAIREN GUILLEN en la reunión de Pamplona.

El libro IV contiene: título de las cauciones; título II, Medidas Cautelares, para garantizar la seguridad de las personas; título III, Medidas para Asegurar la Ejecución de Sentencias con contenido de sumario (capítulo único). El Embargo Preventivo; título IV, las Anotaciones Preventivas, título V, Medidas para Asegurar la Productividad de Bienes (capítulo I, intervención en la administración de bienes litigiosos); capítulo II, la Administración Judicial. Título VII, la oposición de sellos; título IX, Medidas Cautelares Indetermina-

das.

En el proyecto del Código de Enjuiciamiento Civil para España, presentado en las séptimas jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Guatemala en Noviembre de 1979 (19) por el profesor PEDRO ARAGONESES ALONSO se incluye un libro cuarto titulado de las cauciones y procesos cautelares; título I, disposiciones generales ; título II, de las cauciones y medidas cautelares específicas, capítulo I de las cauciones, capítulo II de las Medidas Cautelares, sección primera : aseguramiento en la ejecución forzosa (embargo preventivo, secuestro judicial, intervención judicial en la administración de bienes y en las intimidaciones) sección 2 de otras medidas provisionales cuando exista peligro de daño; sección 3 de las medidas de carácter personal.

Como podemos observar, la regulación es sistemática, trata de dar cobertura al mayor número de cautelas, entre ellas las de carácter personal, como la patrimonial, lo mismo que las llamadas contracautelas.

El segundo proyecto incluye las llamadas pruebas anticipadas (sección segunda, del capítulo segundo, del título quinto), de acuerdo con la exposición de motivos presentada al mismo certámen (20). Consideramos inconveniente esta inclusión, toda vez que además de la recomendación dada por los profesores (21) la prueba anticipada debe pertenecer al título de pruebas pues no se debe confundir la cautela con la prueba anticipada (22).

Entre los códigos latinoamericanos podemos citar el Código Procesal Civil y Mercantil para Guatemala, cuyo libro quinto ha sido titulado " Alternativas Comunes a todos los Procesos " encabezados con las " Providencias Cautelares " (23).

El Código de Procedimiento Civil del estado de Morelos (México) consagra en su libro tercero, título quinto " las providencias cautelares " (24).

El Código Procesal Civil y Comercial de la nación para la República Argentina sitúa las medidas cautelares en el capítulo III del título IV del libro I, con ocho secciones (25).

El Código de Procedimiento Civil de Uruguay lo trata en el título VIII, parte segunda titulada " de los secuestros o embargos preventivos " (26).

En lo que respecta a Colombia, la localización ha sido diferente: la primera regulación procesal nacional la constituye la recopilación granadina (27) en donde su parte 2 titulada : " Ley I. Orgánica del Procedimiento Civil, Mayo 14 de 1834. " Y la Ley XIII de Junio 13 de 1843; en su artículo 3, numeral 3, autorizaba las cautelas en los concursos de acreedores. (28)

La ley 14 de 22 de Junio de 1842 regulaba el procedimiento de los juicios ejecutivos.

Al llegar el año de 1853 se implantó el regimen federal con estados soberanos pero con una Constitución para todo el país (Constitución de 1858). Cada estado adoptó su propia legislación procedimental e independiente de la del poder central, como consecuencia de haber adoptado la sustancial respectiva (29).

En materia de organización judicial se expide durante tal régimen la Ley 29 de 1858 orgánica de la administración de justicia de la Confederación. Pero cada Estado adoptó su propio régimen de derecho positivo y por ello son muy

conocidos los 12 Códigos de Cundinamarca y entre ellos el Código de Enjuiciamiento Civil que fue tomado del Código de Chile y éste a su vez de la Ley de Enjuiciamiento español de 1855.

Viene luego un cambio de régimen a centralista y el Código de Cundinamarca sirvió de base del Código judicial de la Unión de 1872. Fué sancionado el 7 de Junio de 1872 y entró en vigor, el 10. de Enero de 1873, reformado por la Ley 76 de 1873.

El Código antes mencionado disponía en su artículo final: " ARTICULO 1941. El orden que debe observarse en las leyes sustantivas, en los asuntos judiciales de la Unión, es el siguiente :

- " 1.- Las Leyes que expida el Congreso de este año, y las que en lo sucesivo expida la misma Corporación ;
- " 2.- Las expedidas por la convención nacional de 1863, y por los congresos posteriores a ella, y anteriores al del presente año, en orden cronológico inverso.
- " 3.- Los decretos de carácter legislativo expedidos por el Gobierno provisorio, desde mil ochocientos sesenta y uno, hasta el cuatro de febrero de mil ochocientos setenta y tres .
- " 4.- Las Leyes expedidas por el Congreso de la Confederación Granadina de mil ochocientos cincuenta y ocho.
- " 5.- Las expedidas por los congresos de la Nueva Granada desde mil ochocientos cuarenta y cinco, hasta mil ochocientos cincuenta y siete, en orden cronológico inverso.
- " 6.- Las de recopilación granadina.
- " 7.- Las pragmáticas, cédula, órdenes, decretos y ordenanzas del gobierno español, expedidas hasta diez y ocho de Marzo de Mil ochocientos ocho, que estaban

en observancia bajo dicho gobierno en el territorio que forma parte hoy la Unión Colombiana.

" 8.- Las Leyes de recopilación de Indias.

" 9.- Las de nueva recopilación de Castilla, y

"10.- Las de partidas. "

Como claramente se puede observar al comienzo de la vigencia del Código de 1873, aún regían en Colombia las leyes españolas que cubren el amplio período hasta las partidas ; claro que no como normas españolas, sino como nacionales ya que estaba así ordenado, en leyes dictadas por el gobierno de entonces; el código al cual nos venimos refiriendo sólo dispuso el anterior orden en la aplicación de las leyes sustantivas.

El código judicial de los Estados Unidos de Colombia fue sancionado por el Congreso de 1872 y modificado por el Presidente del Senado de Plenipotenciarios M. PLATA AZUERO; el Presidente de la Cámara de Representantes J.M. MALDONADO NEIRA; el Secretario de la Cámara de Representantes JOSE MARIA QUIJANO OTERO; Secretario del Senado Plenipotenciario JULIO E. PEREZ; el Presidente de la Unión MANUEL MURILLO TORO, Secretario del Interior y Relaciones Exteriores JIL COLUNJE.

Este código judicial dedicó especialmente el capítulo quinto del título I, del libro segundo, a regular algunas de las cautelas titulándolas ACCIONES ACCE
SORIAS DEL DEMANDANTE , distribuído en seis párrafos, y con cincuenta y tres artículos, no sin advertir que a lo largo del código mismo hay disposiciones so
bre cautelas al regular temas especiales.

La figura del secuestro que fue regulada por este código de 1873, también se regulaba en el código civil de la nación sancionado el 26 de Mayo del mismo año. Estas circunstancias van creando dificultades en la aplicación y com-

prensión de la ley, porque existen otras leyes que regulan los mismos casos.

En nuestro medio vemos con angustia que la medida cautelar es regulada por los códigos Procesal, Civil y Comercial. El código de 1872 fue objeto de un sinnúmero de reformas (30) entre las cuales se destaca en materia de cautelas la Ley 40 de 1907.

Esta legislación fragmentaria y la gran cantidad de leyes y decretos dictados en aquel entonces, prácticamente dejaron sin vigencia el código judicial de 1873 e hicieron muy difícil su aplicación.

El gobierno encargó a ISMAEL ARBELAEZ la elaboración de un proyecto de código de procedimiento civil que a su vez fue la base para la ley 103 de 1923 (llamada Código de Arbeláez); a pesar de las benéficas reformas que incluía fue, por la multitud de contradicciones que contenía, obligado a dictar la ley 26 de 1924 que lo suspendió indefinidamente y así no tuvo más vigencia que unos pocos meses.

Así las cosas, se integró una nueva comisión para redactar un nuevo proyecto de código que se convirtió en la ley 105 de 1931; esta ley incluía en el libro segundo capítulo V; "las Acciones Accesorias", es decir, que se mantuvo el criterio utilizado en los anteriores códigos.

Sólo por la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Civil para Colombia en 1971 (Decreto 1400 de 1970) se trató en el libro cuarto exclusivamente la regulación de las medidas de cautela del artículo 678 al 692 en lo que comprende el título XXXIV, para las cauciones; y el título XXXV, para el embargo y secuestro.

Ante la denominación del código de procedimiento como " MEDIDAS CAUTELARES " debemos hacer las siguientes objeciones :

a) La denominación no corresponde al contenido, ya que este debe distinguir claramente los procesos cautelares de las simples medidas de cautela; bajo la misma nomenclatura se incluyen las cauciones, el embargo y secuestro, figuras que difieren en la teoría.

El embargo y secuestro constituyen el proceso cautelar patrimonial tipo, en cualquier legislación; en tanto que las cauciones son algo embrionario que no alcanza a constituir proceso; es más, el fundamento de una y otra no es el mismo.

b) No se regula la cautela personal en el código de procedimiento civil, que recogen otras leyes, como el código de comercio (arraigo del fallido en la quiebra; prohibición de elaborar productos cuando se instaura el proceso cautelar, protección a la marca, patente, etc.); o como la Ley 1a. de 1976 (medidas en el proceso de divorcio) y, la referente a la protección del derecho de autor (suspensión de espectáculos etc).

c) Bajo el título XXXV (embargo y secuestro) se reguló la inscripción de la demanda, pero consideramos que se debió dar un título separado a este tipo de cautela.

d) Se situaron mal las medidas cautelares consagradas en el artículo 691 (para procesos de nulidad y divorcio) porque sólo se refiere al embargo y se secuestro de bienes sin haberse regulado la cautela personal que también son cautelas de tipo procesal, acto que debió ser anterior a la inscripción de la demanda, precisamente en el articulado referente al embargo y secuestro.

e) El embargo y secuestro fue regulado en dos partes (artículo 681 y 513) sería mejor haber integrado los dos articulados, para darle más armonía ya que en nuestro medio el proceso ejecutivo es un proceso de conocimiento sumario.

f) Respecto de los bienes inembargables, como nadie a ciencia cierta sabe con exactitud cuáles son ni cuánto valen, se consagró una norma que dice: (artículo 684) . "Bienes inembargables . Además de los bienes inembargables de conformidad con leyes especiales, no podrán embargarse." Este dejó abierta la posibilidad que exista otros, que en la redacción del código podían escapar a la comisión redactora.

g) En resumen, a pesar el extraordinario avance del código en esta materia, se debió regular más sistemáticamente, con una parte general para todas las ca^utelas y otra especial de las mismas.

C) AUTONOMIA O DEPENDENCIA DEL PROCESO CAUTELAR

Es difícil hablar de dos procesos en uno, pues las actuaciones que se sepa^uran del tronco por un momento o que toman dirección diferente no constituyen un verdadero proceso; serían tramitaciones accesorias que hacen parte del proce^uso e inciden en el fondo; por lo tanto, la tramitación de la recusación que in^ucide en uno de los sujetos del proceso no constituye un proceso (ni autónomo ni independiente) pues hacen parte del proceso principal, ya que ambas colaboran en la realización del mismo.

Es indudable que el proceso cautelar va unido al proceso principal, toda vez, que parte de un mismo título y convergen una vez se han dictado las senten^ucias que pretenden asegurar.

¿ Qué condición tendrá entonces el proceso cautelar; Autónomo o dependiente ? (31)

Discutir sobre la naturaleza autónoma o dependiente de esta clase de procesos no tiene razón de ser, ya que este punto debe mirarse desde dos aspectos diferentes : Si se tiene en cuenta las circunstancias de que el proceso cautelar está destinado a facilitar el proceso principal porque de este se nutre y a este sirve, el cautelar será dependiente indudablemente ya que sufre toda la influencia del proceso principal, y no podrá vivir más allá de la vida de este. Por ejemplo, si el proceso termina anormalmente (desistimiento , transacción, perención) no pueden quedar vigentes las cautelas, es decir, habrá que levantarlas; de otro lado, si el proceso termina normalmente, esto es con sentencia favorable al peticionario de las cautelas, estas pierden su entidad y se transforman en ejecutivas.

Ahora bien, si se mira el proceso cautelar desde el punto de vista de su procedimiento, este será independiente del proceso principal, toda vez que aquel se adelanta en pieza separada y sigue un trámite diferente sin importar la etapa, estanco o comportamiento en que se encuentre el principal, claro está, que hasta antes de la sentencia, porque allí constituirán medidas ejecutivas.

D) NOTAS PECULIARES DEL PROCESO CAUTELAR

a) La instrumentalidad. Las cautelas en ningún caso constituyen un fin en sí mismo; están preordenadas " a la emanación de una ulterior providencia definitiva " (32) . En este sentido se pronunció CALAMANDREI, en la obra mencionada antes; afirmó además que ellas se encuentran inevitablemente ligadas a la providencia a la cual ha de rendir su tributo.

De la misma manera se ha pronunciado casi toda la doctrina, para darle a

esta característica la nota determinante de las cautelas entre ellos podemos citar a MANUEL SERRA DOMINGUEZ (33), quien a su vez cita a LIEBMAN, MANDRIOLI y SATTA; y de la misma manera lo expuso el profesor EDUARDO GUTIERREZ DE CABIEDEZ, en la reunión de Pamplona 1973, al decir, que la cautela está preordenada a un proceso pendiente y que su finalidad es claramente instrumental (34). Asimismo, conceptuó el profesor VICTOR FAIREN GUILLEN (35) al decir: " es un instrumento del instrumento que a su vez es el proceso, no se trata de una tutela inmediata, sino de una tutela mediata ". EDUARDO FONT SIERRA (6) también llegó a la misma conclusión al afirmar que la tutela tiene una relación de servicio respecto del proceso.

Sin embargo, han existido posiciones contrarias, entre las que citamos la de UGO ROCCO (37) quien criticó con autoridad la posición de CALAMANDREI: " Ya hemos dicho incidentalmente que esta característica no puede ser tomada como elemento peculiar o diferenciador de las providencias cautelares; ora sea, porque no es verdad que estén preordenadas a una providencia posterior impropiamente calificada de definitiva, ora sea porque no es exacto que no pueden ser fin en sí mismas o porque, por último, no siempre se dirige asegurar el resultado o la eficacia de una providencia posterior ".

La crítica sostenida por ROCCO está basada en el hecho de que la sentencien o providencia definitiva deberá ser siempre favorable al solicitante de la cautela para hablarse de instrumentalidad; es decir, que cuando el juez produce el fallo definitivo en favor del demandante es aquí en donde el instrumento como medida cautelar rinde su tributo. El mismo ROCCO se pregunta: ¿ Qué sucede cuándo la Sentencia sea desfavorable a la parte que pidió la cautela ? (38), y en este caso se niega la instrumentalidad, acusando a CALAMANDREI de tener que apelar (39) a una figura no muy clara como la llamada instrumentalidad hipotética.

En realidad, consideramos que la instrumentalidad, no es la característica diferenciadora de las cautelas frente a otra institución, ya que existen otras instituciones procesales con tal carácter, y en algún caso se dijo que la cautela es un instrumento del instrumento de sentencia (40); por ello, decimos que la instrumentalidad, comparece como característica pero no es la nota determinante (41). Buscar en una sola nota la diferencia de una institución jurídica frente a otra, es pretender reducir el problema a algo menos que su mínima expresión.

Cada institución está integrada por un sinnúmero de circunstancias que son las que le dan entidad; pero como instituciones que son, tienen muchos puntos similares y existirán algunos que son las notas diferenciadoras; pero, para el caso de las cautelas, la instrumentalidad por sí sola no alcanza a mostrar la identidad de esta frente a otra institución procesal por ello, será necesario reunir las notas que unidas delimiten al máximo su esencia, sin caer en la simplicidad antes anotada.

Por lo tanto, la instrumentalidad es una nota característica de las cautelas, toda vez que son instrumento del instrumento de sentencia y si que quiere la más importante, pero debe estar acompañada de otras tales como la provisionalidad y mutabilidad, para que se pueda integrar el concepto de cautelas.

Ahora bien, esta instrumentalidad no puede tampoco tomarse de modo general, es necesario también establecer la relación de instrumentalidad con otro instituto procesal, ya que podemos decir, que las cautelas son un instrumento del proceso, de la pretensión, de la sentencia, etc., y con ello no delimitamos esta característica de modo preciso; es cierto, que la cautela sirve al proceso, a la pretensión, pero su instrumentalidad de modo esencial, está relacionada con la sentencia porque es esta su finalidad última; es a ella a la que ha de rendir tributo, asegurando anticipadamente sus efectos que, una vez sea

dictada, ha de producir.

b) La Provisionalidad. Como CALAMANDREI, oportunamente, hizo la distinción entre los términos provisionalidad y temporalidad (42) , las medidas cautelares son provisionales y tienen una vida limitada, que se encuadra en dos momentos: desde el momento de su decreto hasta el fallo definitivo. Consideramos aceptable la diferencia (43) toda vez que la cautela está preordenada al fallo definitivo sin importar el resultado que produzca; de todas maneras el proceso cautelar no irá jamás más allá de la sentencia; porque, si es contraria al peticionario de las cautelas, no habrá nada que ejecutar y por lo tanto, deberán levantarse; si el fallo es favorable, la cautela pierde su entidad como tal, y se convierte en medida ejecutiva de sentencia por la fuerza que esta misma despliega; es decir, la cautela no desaparece como tal, sino que se transformará en ejecutiva y a cumplido y justificado su existencia la razón para la cual fue tomada.

También es necesario observar como el proceso cautelar, sufre toda la influencia del proceso principal, ya que si este termina anormalmente (desistimiento, transacción, perención) el proceso cautelar no puede subsistir con entidad propia alejada del principal porque precisamente si esta termina, el cautelar no podrá ir más allá de aquel, y no tiene, entonces, nada que asegurar, porque la sentencia no se producirá.

El proceso cautelar puede dejar de existir antes que el proceso principal; ya sea porque la parte interesada solicita su levantamiento; el principal no perderá entidad, ni afectará su resultado; la afectación podrá presentarse en los efectos de la sentencia, pero no es el contenido del proceso.

La provisionalidad, al igual que la instrumentalidad, no es exclusiva de las cautelas pero sí tienen este carácter, por ejemplo; tenemos como provisionales las llamadas CHIOVENDA (44) declaraciones de certeza con predominante

función ejecutiva. Por lo tanto, la provisionalidad tampoco es la nota determinante de las medidas de cautela, aun cuando así fue sostenido por CALVOSA (45) pero al decir del profesor SERRA DOMINGUEZ, esta apreciación fue desvirtuada por el propio CALAMANDREI (46).

Este carácter provisional de las cautelas, unido a la instrumentalidad, van delineando su esencia, ya que podemos decir que todos los institutos instrumentales del proceso no necesariamente son provisionales, sino que en algunos casos son definitivos; por ejemplo, el proceso cautelar es instrumental lo mismo que el incidente de nulidad, pero el cautelar será provisional a la espera de la sentencia; mientras que el incidente de nulidad, al ser declarada la tornará definitiva y habrá que reconstruir todo aquello que fue declarado nulo, con una influencia extraordinaria sobre el principal.

Como lo dijimos, para la instrumentalidad, la provisionalidad sola no constituye la esencia y nota definidora de la cautela, la cual deberá estar acompañada de otras circunstancias; y con ellas integrar el cuerpo de la cautela.

c) La Mutabilidad. Consideramos que la mutabilidad puede configurar y completar el cuadro de notas peculiares de las cautelas ya que estas pueden ser modificadas o sustituidas, reducidas o ampliadas, es decir, las cautelas tomadas inicialmente, no necesariamente deben ser conservadas en toda su integridad, hasta que el proceso termine con sentencia, ya que el demandante puede solicitar su levantamiento y el demandado su reducción por ser exagerada; puede el demandante pedir que se amplíen, toda vez que las practicadas son insuficientes para la efectividad de la sentencia etc.

Otros autores incluyen como notas características: la sumariedad, la taxatividad, la preventividad, la urgencia, etc., y estas son más requisitos

para ser decretadas y características de su procedimiento que en su oportunidad abordaremos.

La mutabilidad puede presentarse por situaciones materiales o de conveniencia; ella en muchos casos depende del libre actuar de las partes, siempre y cuando los cambios que se produzcan estén de acuerdo con el principio : Rebus sic stantibus; es decir, no es posible la modificación de las cautelas cuando no ha cambiado el estado sustancial de los datos, tomados en cuenta para decretar y practicar inicialmente cautelas; por ejemplo, si se demanda la satisfacción de una pretensión en un determinado monto, e inicialmente se toman cautelas, después se reforma la demanda y se incluye nuevas pretensiones, que superan ostensiblemente el monto de las iniciales practicadas, es viable la ampliación toda vez que la nueva situación de hecho ha dejado las cautelas en estado de insuficiencia frente a los efectos asegurados en la futura sentencia.

El proceso cautelar no solamente tiene una limitación temporal de sus efectos, sino que las medidas adoptadas por medio del mismo son susceptibles de alteración son variables y aun revocables, siempre de acuerdo con el principio Rebus sic stantibus, esto es cabe su modificación en cuanto se altere el estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adoptó (aumento o disminución del " periculum in mora ", desaparición del mismo; disminución de " Fumus boni iuris ") (47).

E) FIGURAS ERRONEAMENTE CONSIDERADAS COMO CAUTELARES

La doctrina no es unánime en la consideración y enumeración de los diferentes tipos de cautela y se incluyen ciertas figuras que no lo son, por ello expresamos nuestro criterio frente a cada una de estas figuras:

a) Las Pruebas Anticipadas. Se ha considerado que la prueba anticipada,

(probatio in perpetuam rei memoriam) recogida por el peligro que amenaza su desaparición constituye una cautela de tipo procesal (48); sobre todo cuando la prueba deba recepcionarse a personas gravemente enfermas o en peligro de muerte y para futura memoria.

El profesor CALAMANDREI (49), en su obra ya citada resaltó aspectos preventivos de la prueba anticipada asignándole un carácter cautelar, pero haciendo la salvedad de que la providencia principal puede ser desfavorable-el petionario ya que aquella va a ser útil en un momento anterior a su emanación (50).

Pensamos que es un error darle el carácter de cautelar a la prueba anticipada por las siguientes razones :

a) La cautela pretende asegurar los efectos que ha de producir una sentencia futura. La prueba anticipada pretende asegurar el resultado (contenido) de la sentencia; es decir, la prueba anticipada entra en el fondo de la decisión, mas la cautelar jamás toca su contenido.

b) La cautelar no puede vivir separada del proceso principal, aun cuando puede ser tomada antes de presentarse la demanda, pero queda suspendida con un término para su presentación (sistema español); ya sabemos que en nuestro medio la petición cautelar debe ir acompañada de la demanda principal.

c) La cautela está a la expectativa de una sentencia futura, porque una vez sea dictada cumple su función; la prueba anticipada, está a la expectativa de una demanda; bien sea que el petionario pretenda demandar o tema que se le demande; es más si no se demanda el proceso y se pide el embargo este no puede subsistir, mientras que la prueba subsiste por sí sola aun cuando no se instaure el proceso.

d) La cautela se toma con fundamento en el "periculum in mora", es decir la demora en tramitarse el proceso, se busca proteger el derecho invocado por el peticionario la prueba anticipada, evidentemente corre peligro, por ello es preventiva; pero no por la demora en proteger el derecho, sino por la tardanza en su recaudo.

Respecto de la ubicación de la prueba anticipada en el libro respectivo a los procesos cautelares lo consideramos un error, porque hemos demostrado que no se trata de una cautela (51); así consideramos acertado nuestro código de procedimiento civil al colocarla en el título respectivo de las pruebas (Título XIII, libro 2o.) (52) (53).

Nótese que el proyecto de reforma de ley de enjuiciamiento civil española, ubicó la prueba anticipada en el capítulo relativo a los procesos cautelares, pero advirtiendo que son medidas que requieren prevención; es decir contrariando su naturaleza. (54)

e) La prueba anticipada puede no tener fines judiciales (artículo 299 , testimonios como prueba sumaria), ya que esta puede ser recogida con un fin totalmente ajeno a un proceso; mientras que el proceso cautelar y las medidas de cautela siempre tienen un fin procesal; o sea, que debe ser practicada para facilitar los efectos de un proceso.

" Tampoco deben confundirse las medidas cautelares con aquellas diligencias que pueden ser pedidas por las partes antes de iniciar un proceso, tales como el aseguramiento o anticipación de prueba, exhibición de testamento, de cosa mueble, de títulos o documentos, etc., porque, en realidad, responden a finalidad distinta que las medidas cautelares, puesto que mientras que estas pretenden asegurar la efectividad material del derecho una vez obtenida una sentencia favo

rable , las diligencias preliminares pretenden obtener un elemento de prueba en favor de quien lo pide que asegure una sentencia favorable; es decir, unas tienen por finalidad asegurar una determinada decisión judicial; las otras, un resultado real, nacido de esa decisión judicial ". (55).

b) Los Procesos Especiales. Creo que la confusión existente entre la función cautelar y la función preventiva ha dado lugar a que procesos principales (especiales) sean considerados como cautelares; se habla del proceso de Quiebra del divorcio, la separación de bienes, la interdicción, los interdictos posesorios, etc. (56).

Si bien es cierto que mucho de estos procesos tienen urgencia de tramitación y de ahí su procedimiento sumario, no es posible darle la categoría de cautelares; pues su naturaleza no lo permite. El proceso cautelar está supeditado a que en el proceso principal se dicte una sentencia que aquel va a asegurar; su vida depende del principal; así no podemos hablar de procesos cautelares principales.

Es indudable que esta clase de procesos tiene un carácter preventivo, y como dice el profesor SERRA DOMINGUEZ (57) esta nota es característica de muchas instituciones procesales, pero el hecho de tener este carácter no puede confundirse con el proceso cautelar.

Lo cautelar lo determina el periculum in mora , es decir, la demora en que el proceso principal produzca el fallo final, y por ello es necesario tomarlo desde su inicio para asegurar sus posibles efectos. La urgencia, la sumari^odad del procedimiento, están determinadas por la categoría de pretensión invocada en la demanda.

En algunos casos se ha dicho, por ejemplo, que la separación de bienes constituye un proceso cautelar por la necesidad urgente de proteger los bienes de los cónyuges; pero ésta no constituye la razón del proceso cautelar; como lo advertimos inicialmente, todos los procesos tienen un carácter preventivo pero para llegar al carácter cautelar es necesario dar otro paso adelante una actuación de tal naturaleza que va a llevar a feliz término el principal. Unos procesos requieren más prevención y urgencia que otros; de ahí su diferente procedimiento pero no hasta llegar al extremo de confundirlo con el proceso cautelar en su lugar, su naturaleza, contenido y fundamento. Nuestra jurisprudencia no escapa a ello; veamos: " la mujer casada que pide que se le separe de bienes no busca mediante la controversia judicial la condena de su marido a una prestación, ni que a favor suyo se declara que, por estar comprendida dentro de una previsión abstracta de la ley, debe ocupar cierta situación jurídica; apenas impetra la tutela jurisdiccional en ordenar a evitar que su patrimonio corra riesgo por causa del desarreglo en la conducta de su cónyuge; antes de la vigencia de la ley 28 de 1932, podía considerarse la acción en referencia como constitutiva por cuanto incidía en la capacidad civil de la esposa, y aún abolido el regimen que estableció la incapacidad relativa de aquella, puede refutarse como tal aunque su eficacia se circunscribe a efectos patrimoniales traducidos en salvaguardar la integridad de los derechos que la mujer mantenga sobre bienes propios o sobre gananciales. Se destaca así la acción de simple separación como una medida de cautela en tanto sólo procede sobre la posibilidad de un daño y en cuanto para que prospere no se atiende a la realidad de un derecho patrimonial; éste apenas se pondrá en evidencia al practicar el inventario que precede a la liquidación social como su obligado antecedente. La misma estructura que a esta acción imprime nuestro derecho la revela como eminentemente cautelar; es posible obtener la separación mediante un auto proferido de plano (Art. 800 del C.J.) . Cuando la amenaza sobre el interés de la esposa se agrava o la declaración de quiebra del marido, o por una cesión de bienes por parte de este; también se

puede lograr mediante un trámite sumario o como culminación de un juicio ordinario en cuyos ámbitos se controvierten los mismos hechos y cuyas decisiones respectivas comportan las mismas consecuencias; la ley precipita así la decisión ante el " periculum in mora " que las pruebas revelan; en ello se funda la facultad de la esposa, única en nuestra disciplina procesal, de acomodar a su interés el tipo de procedimiento en juicio, característica que en otras legislaciones es común a todas las medidas cautelares.

" La decisión jurisdiccional en que culminan las diligencias conservativas a que se vienen haciendo mención no es susceptible por su naturaleza, de ser desconocida en fallos ulteriores; siendo la mujer titular exclusiva de la acción sólo ella puede removerla y no lo hará con éxito sino cuando las circunstancias por ella invocadas encajan dentro de las causales previstas por la ley; el marido ante una sentencia o auto que deniegue la separación no adquiere una situación subjetiva que deba permanecer inalterable; el insuceso de la gestión invocada por la esposa no la priva de recavar el amparo patrimonial que el derecho le dispensa; si por ejemplo, no prosperaré la separación impetrada de plano, nada le impediría perseguirla mediante otro procedimiento, y como en los varios tipos de éste que la ley propone a su elección la materia subjudice es exactamente la misma, si es posible remover el obstáculo presentado en uno, lo será también cuando el escollo se halla presentado en otro.

" Observa CALAMANDREI como todas las providencias cautelares, inclusive las sentencias, siguen la cláusula rebus sic stantibus, como quiera que no obstante haber alcanzado la categoría aparente de cosa juzgada sus efectos pueden ser modificados en presencia de circunstancias que cambie la situación que las produjo; añade el mismo autor que ésta característica es consecuencia de que las decisiones aludidas no contienen la declaración de certeza de una relación pretérita destinada a permanecer estática, sino una relación nueva, de efectos futuros

cuya duración está limitada por la necesidad. En nuestra ley se realizan tales afirmaciones a través del artículo 209 del C.C. y por el artículo 159 ibidem, que, a partir de la vigencia de la ley 8a. de 1922, ha de hacerse extensivo a la separación de bienes. Las reflexiones anteriores permiten concluir que no es posible asignar a la providencia que la decreta, la naturaleza ni, por tanto los efectos de la cosa juzgada; la índole cautelar de la acción y de la decisión que la resuelve no permiten configurar alrededor suyo los elementos que generan la suma preclusión " (58).

No podemos negar que en estos procesos se pueden decretar y practicar cautelas, pero no llegar hasta el extremo de confundir la cautela con la preten-sión principal.

Para los casos de interdicción provisional, alimentos, provisionales, etc., estas constituyen cautelar pero no el proceso principal que habrá de decidir de finitivamente sobre la interdicción o alimentos.

c) La Ejecución Provisional de la Sentencia . La institución de la ejecución provisional de los fallos ha sido mirada desde distintas posiciones por la doctrina, lo que ha llevado a confusión de tipo técnico.

En tres se pueden reunir las posiciones adoptadas por la doctrina frente a la ejecución provisional. (59)

a) Unos que consideran la ejecución provisional como medios de tutela cautelar.

b) Otros como medidas legales de ejecución provisional.

c) Y algunos más como una auténtica ejecución procesal que tiene como sus tento un título jurisdiccional, cual es la sentencia.

No pretendemos abordar los puntos relativos a la naturaleza de la ejecución provisional pero si consideramos de suma importancia dar nuestro criterio frente a la posición adoptada por algunos al equiparar la figura a la tutela cautelar.

Nos apoyamos desde ahora en los criterios expuestos por el profesor ALFONSO PEREZ GORDO, en su obra " La Ejecución Provisional en el Proceso Civil " y partimos diciendo que la cautela no puede coexistir a un mismo tiempo con la ejecución provisional. Los supuestos de los cuales parte una y otra figura son diversos y sus fines también lo son; no importa que un momento determinado algunos elementos o notas características de las dos figuras les sean un denominador común.

La cautela parte de una apariencia de derecho (fomus boni iuris) que por el peligro de demora del proceso (periculum in mora) hace necesaria su adopción, y estará siempre a la espera de una sentencia favorable a la parte demandante o petionario de la cautela. El proceso cautelar, corre paralelo al proceso principal y habrá de unirse a él una vez producido el fallo definitivo, bien para morir con el proceso o bien para transformarse en ejecutiva por la fuerza que despliega la sentencia. La ejecución provisional parte del supuesto de una sentencia ya dictada que aun cuando ha sido recurrida no impide ejecutar por la menos provisionalmente lo decidido. Esto nos da a entender claramente que la figura cautelar difiere en el tiempo en que puede ser adoptada frente a la ejecución provisional; así podemos decir también que las cautelas son anteriores al fallo y la ejecución aun cuando provisional es algo posterior a ella. En otras palabras el requisito de la cautela es la apariencia del de

recho (*fumus boni iuris*) y de la ejecución provisional es la sentencia.

El profesor PEREZ GORDO hizo notar que el fundamento de una y otra institución (*periculum in mora*) como denominador común de ambas instituciones no autorizaban la conclusión de ser la cautela una medida ejecutiva, ya que como lo advertimos en otra ocasión un fundamento o una nota característica puede predicarse de varias instituciones que aun cuando estén muy cerca no se les puede fusionar. De ahí que consideramos acertado el criterio de exigir para la cautela una homogeneidad pero no identidad con la ejecución que habrá de ejercer con la sentencia. (60)

Este denominador común hizo caer en el error a procesalistas de renombre al confundirse dos instituciones; como la ejecución provisional y la suspensión del juicio ejecutivo con las cautelas. No sin antes advertir que este mismo criterio fue sostenido por Chiovenda (61) Calamandrei(62) y Costa (63).

" Es por ello por lo que no hemos acertado en ningún momento a comprender la postura de algún prestigioso procesalista, como FURNO, que considera como medidas cautelares dos institutos tan diversos como la ejecución provisional y la suspensión del juicio ejecutivo; dicho autor señala que ambos participan no ya sólo de la misma naturaleza, sino también de la misma función. Así dice, a nuestro entender equivocadamente que la función de ambos es igual, y, al propio tiempo, contraria; igual, por cuanto ejecución provisional y suspensión de la ejecución tratan de tutelar provisionalmente un interés jurídico, y, contraria, por cuanto el interés jurídico a tutelar en una es el contrario al que se tutela en la otra; en cuanto a su naturaleza, dice, es igual en ambos institutos, porque mientras la ejecución provisional presupone una declaración jurisdiccional previa pendiente de un recurso, la suspensión de la ejecución presupone esta, si bien sometida a un recurso o a una oposición de carácter declarativo.

Ello lleva a FURNO a afirmar que ambos institutos tienen una misma función cautelar, postura esta ya afirmada con anterioridad por otros procesalistas, si bien con razonamientos a veces distintos.

" Aún aceptamos las razones que FURNO expresa como fundamento de su conclusión, no podemos llegar a aceptar en ningún supuesto ni el que la suspensión del juicio ejecutivo y ejecución provisional sean medidas cautelares, ni el que ambas tengan una misma naturaleza y función " (64). —

De otro lado tampoco podemos ver en la provisionalidad el denominador común que fusionan los dos conceptos. Es válida para esta nota característica la argumentación dada para el periculum in mora , y no nos cabe la menor duda que la nota de provisionalidad comparece en ambas instituciones, toda vez que la cautela estará a espera de la sentencia definitiva y la ejecución provisional lo será a la espera de la decisión que habrá de tomarse con fundamento en el recurso es decir, a la espera de que la sentencia sea firme, para tomarse en definitiva.

Pero, como lo advertimos al estudiar la naturaleza jurídica de la cautela, no podemos llegar a la conclusión que una sola nota sea la determinante de una institución jurídica; es decir, que para delinearla deben estudiarse las notas que con preferencia concurren.

III. FUNDAMENTO DEL PROCESO CAUTELAR (PERICULUM IN MORA)

Presentada la demanda ante la jurisdicción a esta le es imposible satisfacer inmediatamente la pretensión incoada; se requiere para ello que medie un lapso que, por lo general, es demasiado largo y se pone en peligro la satisfacción máxima de la pretensión del demandante (65).

Se está siempre ante un peligro amenazador e inminente el cual debe contrarestarse con medidas de tal naturaleza que lo enerven. El peligro que constituye el fundamento de la medida cautelar no es otra que la demora, la tardanza que requiere un proceso hasta su terminación; este es el llamado PERICULUM IN MORA.

No podemos en ningún momento hablar de cautelas sino se corre peligro, pues de la existencia de éste depende la existencia del otro. —

" El Periculum in mora " que constituye la base de las medidas cautelares, no es pues el peligro de daño genérico al cual se puede en ciertos casos obviar con la tutela ordinaria, sino que es específicamente el peligro del ulterior daño marginal (66) que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable causa de la lentitud del procedimiento ordinario " (67).

Según la doctrina, constituye el fundamento de la cautelar el llamado PERICULUM IN MORA, es decir, el peligro que acarrea la demora en los procesos que conduce a que la sentencia que ha de dictarse en el proceso principal puede quedar sin efectividad, toda vez, que los litigantes pueden maquinan actividades que los lleven a sustraerse de la obligación de su cumplimiento. Pero en realidad no solamente el Periculum in Mora, es el fundamento de las cautelas, ya que existe otro peligro de daño : ¿ Pero qué clase de daño ?, ya PIERO CALAMANDREI en su Obra Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, cuya traducción se efectuó en 1945, había hecho notar la necesidad de no confundir la " Tutela Preventiva " con la " Tutela Cautelar ", aun cuando entre ellas exista una relación de género a especie (68); es decir, para poder estudiar el tema de las cautelas debemos limitar muy bien las dos figuras. Cuando un derecho ha sido violado o está en peligro de ser violado actúa la función jurisdiccional como tutela preventiva, en otras palabras es la tute

la ordinaria.

" Para aproximarse a una noción clara de Periculum in mora es preciso dar otro paso : no basta que el interés en obrar nazca de un estado en peligro y que la providencia invocada tenga por ello una finalidad de prevenir un daño solamente temido, sino que es preciso además que a causa de la inminencia del peligro, la providencia solicitada tenga carácter de urgencia, en cuanto sea de preveer, que si la misma se demorase el daño temido se transformará en daño efectivo o se agravia el daño ya ocurrido " (69).

Por lo tanto, el peligro genérico será contrarrestado con la tutela ordinaria que es de carácter preventivo; pero para llegar a la tutela cautelar será necesario además de los elementos de prevención y urgencia que el daño sea inminente; es decir que no dará tiempo a que la jurisdicción se pronuncie sobre el peligro específico; el inmediato. Pero como lo dijimos anteriormente, existen, ciertas cautelas que no se toman basadas en el periculum in mora, es decir, por la lentitud del proceso, sino por el daño específico que pueden causar otras cautelas, como las cauciones; al demandante se le ordena prestar una caución para autorizar sus cautelas; pero esta caución constituye también una medida cautelar frente al demandante para proteger al demandado del daño que le pueden causar aquellas, y la razón no será entonces la lentitud del proceso, sino el peligro de daño no genérico, sino específico. Por lo tanto, todo proceso que busca proteger un daño genérico y no específico, tiene carácter preventivo, pero no cautelar; por ello, consideramos errónea la apreciación, de cautelas para algunos procesos como el divorcio.

No olvidemos la premisa de las cautelas: " Asegurar los efectos de una sentencia futura". Entonces, no podemos confundir el proceso cautelar con el proceso principal, aunquando pueda tener una naturaleza preventiva que requiera prevención y urgencia.

la ordinaria.

" Para aproximarse a una noción clara de *Periculum in mora* es preciso dar otro paso : no basta que el interés en obrar nazca de un estado en peligro y que la providencia invocada tenga por ello una finalidad de prevenir un daño solamente temido, sino que es preciso además que a causa de la inminencia del peligro, la providencia solicitada tenga carácter de urgencia, en cuanto sea de preveer, que si la misma se demorase el daño temido se transformará en daño efectivo o se agravia el daño ya ocurrido ".

Por lo tanto, el peligro genérico será contrarrestado con la tutela ordinaria que es de carácter preventivo; pero para llegar a la tutela cautelar será necesario además de los elementos de prevención y urgencia que el daño sea inminente; es decir que no dará tiempo a que la jurisdicción se pronuncie sobre el peligro específico; el inmediato. Pero como lo dijimos anteriormente, existen, ciertas cautelas que no se toman basadas en el periculum in mora, es decir, por la lentitud del proceso, sino por el daño específico que pueden causar otras cautelas, como las cauciones; al demandante se le ordena prestar una caución para autorizar sus cautelas; pero esta caución constituye también una medida cautelar frente al demandante para proteger al demandado del daño que le pueden causar aquellas, y la razón no será entonces la lentitud del proceso, sino el peligro de daño no genérico, sino específico, tiene carácter preventivo. pero no cautelar; por ello, consideramos errónea la apreciación, de cautelares para algunos procesos como el divorcio.

No olvidemos la premisa de las cautelas : " Asegurar los efectos de una sentencia futura ". Entonces, no podemos confundir el proceso cautelar con el proceso principal, aun cuando pueda tener una naturaleza preventiva que requiera prevención y urgencia.

" Las medidas cautelares intentan evitar los peligros inherentes a la imperfección del proceso jurisdiccional procurando garantizar ya desde el momento de la presentación de la demanda, e incluso en ocasiones con anterioridad a ésta la efectividad futura del derecho afirmado en la demanda. Las medidas cautelares constituyen en este sentido el producto de la adaptación del derecho sustancial a las necesidades creadas por los defectos del proceso, representando un remedio previsto por el derecho sustancial para evitar el peligro resultante de la necesidad de que preceda la declaración a la ejecución. En frase gráfica de CALAMANDREI supone la conciliación de las dos exigencias de la justicia: hacer las cosas y hacerlas bien " (70).

Si la cautela pretende asegurar los efectos de una sentencia futura por la lentitud del procedimiento ello nos lleva a afirmar que las pruebas anticipadas no son cautelas. No es posible que se confunda el fin perseguido con una u otra figura, pues bien sabido es que el peligro que corre la prueba si no es recolectada inmediatamente, es diferente del peligro que se corre con el procedimiento, ya que las primeras de ellas (pruebas anticipadas) pretenden asegurar el resultado de la sentencia mas no a sus efectos, esto es, las cautelas jamás puede incidir en la decisión final, sino que actúan al producir los efectos la sentencia; mientras que las pruebas anticipadas entran en el fondo de la decisión y nada aseguran frente a los efectos de esta.

Es indudable que las pruebas también corren un peligro por el paso del tiempo, pero, como lo dijera el profesor MANUEL SERRA DOMINGUEZ (71) el denominador común de las pruebas anticipadas frente a las cautelares es la tutela preventiva, predicable de otras instituciones jurídicas. Es de anotar también, que comúnmente se coloca la existencia del peligro como un presupuesto, pero en realidad ello constituye es el fundamento de las cautelas. A esta conclusión también llegó el profesor JUAN MONTERO AROCA, en la IX reunión de

profesores de Derecho Procesal en Pamplona (72).

El hecho de ser el periculum in mora el fundamento de la cautela no implica que se deba demostrar; este se halla en la mente del legislador al permitir la medida cautelar. Pero vemos que en casi todos los procesos se practican medidas cautelares, lo cual nos indica que el legislador ha pensado que siempre que se demande en proceso, se está ante un periculum in mora.

El periculum in mora debe ser observado por el juez al decretar la cautela, primero en cuanto a su magnitud para así también limitar la medida en forma proporcional al peligro que representa, para imponerle al solicitante del embargo la caución que actúe como contracautela en el caso de no reconocerse el derecho en la sentencia futura.

IV. TIPOS DE PROCESOS CAUTELARES

La doctrina ha elaborado varias clasificaciones del proceso cautelar entre los principales podemos citar :

EDUARDO GUTIERREZ DE CABIEDEZ: " El tema que desde un punto de vista práctico y prelegislativo tiene más importancia en la regulación de las medidas cautelares es el de su clasificación. Y ello porque bajo este epígrafe lo que se intenta buscar es un sistema lo más completo y eficaz de medidas cautelares que garanticen la ejecución de las sentencias.

Desde un punto de vista teórico se puede clasificar las medidas cautelares atendiendo a que la obligación sea :

- 1.) De dar cosa genérica (dinero).

2.) De dar cosa específica.

2.1.) Mueble.

2.2.) Inmueble.

3.) De hacer.

4.) De no hacer.

" Estas medidas tendrán unos presupuestos diversos, cuando la obligación nazca de un derecho personal o de un derecho real incumplido por un tercero, frente al cual se solicita la medida.

" Las medidas provisionales en relación con las personas merecerán un estudio aparte ya que nacen de relaciones peculiares del derecho de familia en su vertiente matrimonial o paterno filial " (73).

Consideramos la clasificación un tanto deficiente pues se parte de la obligación y como podremos observar con posterioridad éstos no son los únicos procesos cautelares a que dan lugar las obligaciones, además no se relaciona el proceso cautelar de tipo personal.

CARNELUTTI (74) ha elaborado una clasificación diferente a la anterior del proceso cautelar y en él distingue : Proceso cautelar instrumental, y lo define como aquel que tiende a garantizar los medios del proceso definitivo y en él incluye: el embargo judicial, o el proceso de institución preventiva y el embargo preventivo; Proceso cautelar final: definido por el autor como aquel que sirve para garantizar la utilidad práctica del proceso definitivo; y en él ubica el embargo judicial.

Con esta clasificación CARNELUTTI, pretende asegurar en el caso del proceso cautelar instrumental los medios del proceso principal, tales como pruebas y bienes; pero como lo advertimos anteriormente el proceso cautelar por su naturaleza pretende asegurar los efectos de una sentencia futura y las pruebas no aseguran los efectos sino el resultado de la sentencia, por ello; la clasificación queda sin peso. De otro lado, el proceso llamado cautelar final, es el verdadero proceso cautelar, toda vez que como su definición lo anuncia pretende asegurar " la utilidad práctica " del proceso definitivo; en nuestras palabras, los efectos de la futura sentencia; en este aspecto creo estar de acuerdo con el citado profesor (74).

Respecto del profesor CALAMANDREI (76), como es sabido, no tanto habló del proceso cautelar sino de las providencias cautelares y a ellas les dió la siguiente clasificación, partiendo de la relación de instrumentalidad que une la providencia cautelar con la principal (sentencia) así :

a) Providencias instructoras anticipadas, en la cual se incluyen las pruebas anticipadas para asegurar resultados probatorios que han de tenerse en la cuenta en el momento de fallar; al respecto, hemos ya expuesto nuestro criterio.

b) Providencias para asegurar la futura ejecución forzada. En esta definición CALAMANDREI incluye el secuestro conservativo y el secuestro judicial. Es de anotar que este autor sostiene que en el proceso de ejecución forzada también se toman cautelas; es decir, los embargos y secuestros tomados en un proceso de ejecución no son medidas de carácter ejecutivo sino cautelar; ya que habrán de esperar la sentencia de remate; en nuestro medio la que ordena seguir adelante la ejecución.

Consideramos acertado este criterio, y nos identificamos con él y de paso nos declaramos contrarios a la posición sostenida por otros autores (77) de que las cautelas son ajenas al proceso de ejecución toda vez que allí lo que se toman son medidas ejecutivas.

Es necesario además observar que el proceso de ejecución y más en nuestro medio, cuando se proponen excepciones, se convierten en un proceso cognición sumario por razón de la materia.

c) Decisión anticipada y Providencia del Mérito. Constituye este grupo de providencias aquellas que se deciden interinamente y que están a la espera de la decisión principal a tomarse en el proceso ordinario; es decir, que se toman resoluciones que tratan de obviar el peligro amenazador y que habrá de ser contrarrestado definitivamente con la providencia de mérito. En esta categoría, se incluyen: las denuncias de obra nueva y daño temido, lo mismo que la separación provisional de los cónyuges.

Para nosotros también es acertado este criterio ya que la relación de instrumentalidad de esta providencia, la vincula a la providencia final, sin que la decisión inicial, vincule el contenido de la decisión final.

Contrarios a estos criterios se muestra el profesor MANUEL SERRA DOMINGUEZ (78) argumentando que esta clase de medidas no aseguran los efectos del proceso; pero si observamos que la obra amenaza ruina y esperamos a que la decisión final se produzca puede suceder que la sentencia quede sin efectos, si la obra ha caído y con ella la razón de ser el proceso. Es de aclarar, que el proceso cautelar no lo constituye el interdicto de obra nueva o ruinoso, sino la decisión tomada anticipadamente que estaría a la espera de la decisión final.

Frente a esta clasificación elaborada por este autor, consideramos que que da insuficiente ya que no podemos en ella incluir todos los procesos cautelares de tipo personal, lo mismo que el incluir las pruebas anticipadas como cautela res sobra una parte de la misma clasificación.

Utilizando sistemas muy conocidos y sencillos hemos elaborado la clasifica ción de los procesos cautelares para así darle entrada a todos los que puedan existir :

A.) Procesos Cautelares de Carácter Personal.

I.- Por el Derecho de Personas .

1.- Interdicción Provisional.

II.- Por el Derecho de Cosas.

1.- Suspensión de obra nueva y destrucción de obra ruínosa.

2.- Suspensión del ejercicio de actos (propiedad industrial - In telectual).

III.- Por el Derecho de Obligaciones.

1.- El arraigo del quebrado.

2.- Suspensión de las decisiones de Juntas de Socios.

IV.- Por el Derecho de Familia.

1.- Separación provisional de los cónyuges.

B.) Procesos Cautelares de Carácter Patrimonial.

I.- El Embargo y Secuestro.

II.- La Anotación o Registro de la Demanda.

III.- Alimentos Provisionales en el Proceso de Alimentos.

Dentro de esta clasificación no están incluidas las medidas de cautela,

es decir, aquellas que son algo embrionario únicamente, y que no alcanzan a configurar un proceso, pero que se desarrollan dentro del proceso principal, tales como el mal llamado por la Ley 1a. de 1976 Art. 27; el depósito de personas (tales como de los cónyuges menores; los hijos; y la mujer en estado de embarazo; alimentos provisionales para los hijos, y los cónyuges; y la medida de carácter patrimonial como las cauciones, cuestión esta que abordaremos a su debido tiempo.

CITAS 1

- (1) SERRA DOMINGUEZ, Manuel. Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil. Barcelona, Industrias Gráficas M. Pareja. 1974. p.5 . " Las Medidas Cautelares constituyen un remedio jurídico al problema de la forzosísima lentitud del proceso. Como se ha dicho acertadamente, responde al compromiso entre hacer las cosas pronto y hacerlas bien. Siendo la dimensión temporal inmanentemente al propio concepto del proceso, debe encontrarse una solución que garantice que el objeto litigioso permanecerá inalterado durante toda la pendencia del mismo, y que, en definitiva, la sentencia que se dicte será una sentencia eficaz, por proyectarse sobre la misma realidad económica existente a la iniciación del proceso. Las medidas cautelares tienden esencialmente a garantizar la eficacia de la sentencia mediante una anticipación limitada de los efectos normalmente derivados de sus ejecuciones ".
- (2) CALAMANDREI, Piero. Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares. Traducción de SANTIAGO SENTIS MELENDO . Buenos Aires. Bibliografía Argentina. 1945. p. 137. " La definición de las providencias cautelares sin salir del campo procesal, ha de buscarse, más que base de un criterio ontológico, a base de un criterio teleológico: no en la cualidad (declarativa o ejecutiva) de sus efectos sino en el fin (anticipación de los efectos de la providencia principal), a que sus efectos están preordenados; ya que éstos aparecen desde su iniciación destinados a extinguirse en el momento en que puedan ceder el puesto o los efectos de la providencia principal ".
- (3) GUASP DELGADO, Jaime. Derecho procesal Civil. 2a. Reimpresión. 3 ed. t. II. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. 1977. p. 683.
- (4) CARNELUTTI, Francisco. Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano. Traducción. JAIME GUASP DELGADO. Barcelona. Bosch. 1942. p: 62 " Se llama cautelar el proceso cuando en vez de ser independiente, sirve para garantizar (establece una cautela para) el buen fin de otro proceso (definitivo) ".
- (5) Ibidem. p. 192.
- (6) CHIOVENDA, José. Principios de Derecho Procesal Civil. t. 1. Madrid. Reus. 1977. p. 283. " El poder jurídico de obtener una de estas resolu-

ciones es una forma autónoma de acción (acción aseguradora) y es mera acción que no puede considerarse como accesorio del derecho asegurado (cautelado) porque existe como poder actual cuando aún no se sabe si aquel derecho existe; e ínterin, el demandado no tiene obligación ninguna de cautela antes de la resolución de Juez. Y también aquí el derecho a la resolución de " cautela " es un derecho del Estado fundado en las necesidades generales de la tutela del derecho : la parte solo tiene el poder de provocar su ejercicio en el caso concreto ".

- (7) GOLDSCHIMDT, James. Derecho Procesal Civil. Barcelona. Enciclopedia de Ciencias Jurídicas y Sociales. Labor, Traducción, NICETO - ALCALA - ZAMORA Y CASTILLO. 1936. p. 751.
- (8) CARNELUTTI, Francisco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. Uteha Argentina, traducción NICETO-ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO Y SANTIAGO SENTIS MELENDO . 1944. p. 244; REDENTI, Enrico. Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. Ejea. Traducción. SANTIAGO SENTIS MELENDO. 1957. p. 243.
- (9) DEVIS ECHANDIA. Hernando. Tratado de Derecho Procesal Civil. t. IV. Bogotá. Temis. 1964. p. 513. " Se entiende por acciones accesorias aquellas que no tienen vida propia, porque dependen de otra a la que le sirven de afianzamiento o seguridad. Estas acciones pueden intentarse antes o después de la principal, es decir, antes o después de iniciado el juicio en el cual se conoce de esta. Las acciones accesorias son preventivas y cautelares, ya que tienden a evitar que por maniobras hábiles del demandado o presunto demandado se haga ineficaz la demanda que contra él se ha intentado o va a intentarse ".
- (10) GONZALEZ VELASQUEZ, Julio. Institución Procesal Civil Colombiana. Medellín. Librería y Ediciones " Teoría " 1946. p. 124. " Las acciones principales requieren para su efectividad la práctica de ciertas medidas precautelativas que precisamente son garantes de la conservación de lo perseguido con ellas. ".
- (11) GUASP DELGADO, Jaime ob. cit. p. 277.
- (12) CALAMANDREI, Piero. ob. cit. p. 34 " Estas primeras consideraciones bastan para permitirnos comprender el origen de la falta de certeza dentro de la que se ha debatido siempre la doctrina, desde la más antigua a la más nueva, cuando ha tratado de dar a las providencias cautelares una colocación dentro del proceso civil: partiendo de la gran división que distingue en la función jurisdiccional la cognición de la ejecución, las providencias cautelares han sido consideradas durante largo tiempo, especialmente por la doctrina alemana, como una apéndice de la ejecución forzada; y aún cuando, para reaccionar contra esta servidumbre, se ha puesto de relieve que en algunas providencias cautelares, o en una fase de ellas, se encuentran con toda evidencias los caracteres de la cognición y no los de la ejecución forzada, esta observación, mas bien que a la conquista de un criterio seguro para dar a las mismas una colocación sistemática autónoma, ha llevado simplemente a anexar una parte de la materia cautelar al proceso de cognición; de manera que toda tentativa de clasificación de las providencias cautelares, apoyadas sobre esta base, se ha resuelto, en sustancia mientras su sistematización se ha buscado sobre el mismo plano lógico en que la cognición se contrapone a la ejecución en una división y reabsorción entre los dos bastos territorios lindantes ".

- (13) Ibidem, P. 34. " Para escapar de este callejón sin salida, es preciso comenzar por entender en su justo sentido la enseñanza según la cual; la actuación de la ley en el proceso puede asumir tres formas: cognición, conservación y ejecución. En esta división tripartida, que con toda exactitud pone en claro la existencia de una función cautelar (" conservación ") como forma autónoma de tutela, no se dice, sin embargo, que el criterio a base del cual se diferencian las providencias cautelares de todas las otras providencias sea homogéneo, con el criterio en virtud del cual las providencias de cognición se diferencian de las de ejecución; y ocurre, por el contrario, que las providencias cautelares pueden tener, según los casos, efectos declarativos o ejecutivos (y entrar por esto en uno de los otros dos grupos de la división) o viceversa, ciertas providencias de cognición o de ejecución pueden, cuando se consideran bajo el ángulo visual de su objeto, estar comprendidas en el grupo de las providencias cautelares " .
- (14) La II Reunión de Profesores de Derecho Procesal de España celebrada en Zaragoza en 1966, en el mes de marzo, el tema fue sobre las Cautelas; cuya ponencia fue presentada por el Profesor VICENTE HERCE QUEMADA, titulada " Reforma del Proceso cautelar " y CARLOS DE MIGUEL, titulada " Notas sobre el Proceso Cautelar " .
- (15) VII- Reunión. Los catedráticos de la Universidad de Valencia encabezados por el Profesor VÍCTOR FAIREN GUILLEN presentaron un proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, en el cual se pedía especialmente la dedicación del libro 4o. a los procesos y Medidas Cautelares.
- (16) IX- Reunión de Profesores de Derecho Procesal celebrado entre los días 15, 16 y 17 de octubre de 1973, en la ciudad de Pamplona (España) y patrocinada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra bajo la dirección del Catedrático de Derecho Procesal EDUARDO GUTIERREZ DE CABIEDEZ.
- (17) FAIREN GUILLEN, Víctor. Los Procesos y Medidas Cautelares. Pamplona. Eunsa. 1974. p. 105. " Más tras esta diferencia, en el fondo, nuestra posición, en cuanto a conservar la vigencia del material - debidamente puesto al día y depurado. de la LEC para el futuro, en continuidad de una buena traducción procesal civil española, es la misma. Ahora bien, insistimos en que este material DEBE SER SISTEMATIZADO (Y no hay porqué desaprovechar los adelantos de la doctrina y de la legislación comparadas modernas; desde 1877, fecha de entrada en vigor de la ZPO alemana, ha " llovido " mucha doctrina aprovechable a efectos legislativos " .
- (18) GUTIERREZ DE CABIEDEZ, Eduardo. Elementos Esenciales para un Sistema de Medidas Cautelares. Pamplona. Eunsa. 1974. p. 11 " A nuestro modo de ver es más correcto un tratamiento separado e independiente de las medidas cautelares, lo que daría lugar a un libro de la Ley corregida y actualizada profesoral. Entre otras muchas razones, un estudio independiente de las medidas cautelares, al hilo de cada proceso, produciría innumerables repeticiones y haría prácticamente imposible cualquier intento de clasificación. Por otra parte, ligar las medidas cautelares al proceso de ejecución es poco lógico ya que en el proceso de ejecución no se adoptan propiamente medidas cautelares sino ejecutivas " .
- (19) ARAGONESES ALONSO, Pedro. Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil para España. Guatemala. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas

cas y Sociales. Septiembre de 1982. Número Extraordinario . Base vigésimo cuarto número 80-86 p. 296 y s.s.

- (20) Título II, Capítulo II, SECCION segunda del Proyecto.- " Como Medidas Cautelares específicas se regulan las siguientes : Primera:- Los que tienden a asegurar las pruebas, que se extenderá además de la testifical a las de reconocimiento judicial y pericial. "
- (21) GUTIERREZ DE CABIEDEZ, Eduardo. ob. cit. p. 30 " Deben separarse de las medidas cautelares otros institutos procesales dirigidos a la conservación de datos y pruebas, cuya finalidad inmediata y directa no es el aseguramiento de la ejecución en sí de la sentencia, sino de algún elemento de hecho de la misma ".
- (22) SERRA DOMINGUEZ, Manuel ob. cit., p. 76.
- (23) Código Procesal Civil y Mercantil. Guatemala C.A. Ed. Estudios de Abogacía y Notariado anotado y concordado por MARIO AGUIRRE GODOY, 1973, art. 516 y s.s.
- (24) Código de Procedimiento Civil del Estado de Morelos. México. Porrúa. 1980. art. 662 y s.s.
- (25) Código Procesal Civil y Comercial de la Nación República Argentina. Buenos Aires, Claridad. 1970. art. 195 y s.s.
- (26) Código de Procedimiento Civil. para la República del Uruguay. Anotados por el Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de la República de Montevideo. 1976. art. 828 y s.s.
- (27) Ya para el año de 1843, eran innumerables las leyes dictadas por el ejecutivo de entonces y se hacía difícil saber cual ley regía en cualquier materia, por lo tanto se encomendó a don LINO DE POMBO, el cargo de recopilar todas las leyes dictadas hasta esos días, la cual fue publicada en 1845, con el nombre de RECOPIACION GRANADINA, esta recopilación como título preliminar consagró la CONSTITUCION política de la República de la Nueva Granada, reformada en 1842 y 1843, además de las leyes del 7 de Mayo de 1843, fijando el día de la publicación solemne de la constitución; la ley de 4 de Mayo de 1843 mandado recopilar las leyes nacionales vigentes y la ley del 12 de junio de 1844, adicional a la Ley precedente.
- (28) DE POMBO, Luis. Recopilación de las Leyes de la Nueva Granada. Bogotá.- Imprenta de Zoila Salazar; por Valentín Martínez; Febrero de 1845; p. 142, 146 y 147.
- (29) MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General 2a. Edición. Bogotá. A.B.C. 1978. p. 162 .
- (30) " También podemos citar además de las anteriores leyes reformativas las siguientes: la ley 61 de 1886; la ley 57 de 1887, las leyes 143 y 153 de 1887, las leyes 30, 120 y 135 de 1888, la ley 72 de 1890, la ley 119 de 1890, la ley 124 de 1890, la ley 41 y 100 de 1892, la ley 169 de 1896, la ley 25 de 1898, la ley 39 de 1898, la ley 46 de 1903, la ley 18 de 1904, el decreto legislativo No. 14 de 1905, la ley 28 de 1905, la ley 57 y 63 , el decreto 1151 de 1905, el decreto 941 de 1905, 1548 de 1906, la ley 12, 14 el decreto 1097, 1257, 1288 de 1907, el decreto 384, 658, 1203 de 1908, la ley 33, 51 de 1909, la ley 81, 84 de

1910, la ley 60 de 1911, la ley 23, 61, 99, 101 de 1921, la ley 54, 72, 77, 101, 120, 128 de 1913, el decreto 309, ley 17, 48, 51, 52, 56, 79, 96 de 1914; la ley 32, 38, 73, 81, 83 de 1915; esta en materia de procedimiento entre otras.

- (31) CARNELUTTI, Francisco. ob. cit. p. 62. Diferenciaba el proceso definitivo del proceso cautelar y le negaba a este independencia. PALACIO, Lino. Manual de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires. Albeledo Perot. 1973 p. 271. GUASP, Jaime. ob. cit. p. 683. El Código Procesal Civil de Brasil tomó la clasificación de CARNELUTTI, antes mencionada recogida por Alfredo Buzzaid en el proyecto. LIEBMAN, Tullio Unidad del Procedimiento Cautelar, en Revista de Diritto processuales. 1954. p. 248. Nota tomada de Serra Domínguez. ob. cit. núm. 36. p. 22 FAIREN GUILLEN, Víctor. ob. cit. DE MIGUEL Y ALONSO. Notas sobre el proceso cautelar. Madrid. Revista de Derecho Procesal. 1966 p. 89.
- (32) CALAMANDREI, Piero. ob. cit. p. 44
- (33) SERRA DOMINGUEZ, Manuel. ob. cit. p. 15
- (34) GUTIERREZ DE CABIEDEZ, Eduardo. ob. cit. p. 13
- (35) FAIREN GUILLEN, Víctor. La Reforma del Proceso Cautelar Español. Temas del Ordenamiento Procesal. Madrid. Tecnos. 1969. p. 899.
- (36) FONT SERRA, Eduardo. Las Medidas Cautelares como manifestación de la Justicia preventiva. Pamplona. Eunsa. 1974. p. 142
- (37) ROCCO, Ugo. Proceso cautelar. V. Tratado de Derecho Procesal Civil. Bogotá. Temis, Depalma. 1977; p. 60.
- (38) Ibidem. p. 61 " CALAMANDREI, mismo que fue el primero en poner de relieve el pretendido carácter instrumental de las providencias cautelares, al plantearse la hipótesis de que la providencia llamada definitiva pudiera ser emitida en sentido no favorable al que había solicitado la providencia cautelar, necesariamente tuvo que apelar a un concepto de instrumentalidad hipotética, en virtud del cual el carácter hipotético ... sería ... " íntimamente connatural a la naturaleza misma de la providencia cautelar, y un aspecto necesario de su instrumentalidad".
- (39) Ibidem, p. 61. " Pero si el supuesto carácter instrumental está, como lo reconoce el propio CALAMANDREI, en función de providencia llamada definitiva, solamente si la providencia definitiva tiene cierto contenido, es decir, si es favorable a aquel que ha solicitado la providencia cautelar, queda por preguntarse en qué consiste precisamente la supuesta instrumentalidad cuando la providencia llamada definitiva no es favorable, o sea, cuando es contraria a quien solicitó la providencia cautelar ".
- (40) FAIREN GUILLEN, Víctor. La Reforma... ob. cit. p. 899 .
- (41) CALAMANDREI, Piero. ob. cit. p. 33. " Conviene empezar advirtiendo que inútilmente buscaría un firme carácter diferenciador de las providencias cautelares quien fijará como base de su investigación el criterio subjetivo o el criterio formal : no existe una función cautelar confiada a órganos especiales que permitan derivar la naturaleza cautelar de la providencia de la naturaleza del sujeto que la emana; como tampoco existe una forma típica por la cual se puede distinguir exteriormente las provi-

dencias cautelares de las otras providencias del Juez. La tutela cautelar está confiada en nuestro ordenamiento a los mismos órganos judiciales a los que se demanda la tutela ordinaria declarativa o ejecutiva; tampoco por la forma se distingue la sentencia que ordena un secuestro judicial de las otras sentencias, ni la dación de posesión que se lleva a cabo en ejecución de aquella se distingue de la que practica en el procedimiento ejecutivo por liberación de bienes ".

- (42) Ibidem, p.36. " Es conveniente no pasar adelante sin advertir que el concepto de provisoriedad (y lo mismo el que coincide con él de interinidad) es un poco diverso, y más restringido, que el de temporalidad. Temporales, simplemente, lo que no dura siempre; lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por sí mismo duración limitada: provisorio es, en cambio, lo que está destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsisten durante el tiempo intermedio. En este sentido, provisorio equivale a interino; ambas expresiones indican lo que está destinado a durar solamente el tiempo intermedio que precede al evento esperado ".
- (43) Supra. 42.
- (44) CHIOVENDA, José ob. cit., p. 250.
- (45) CALVOSA. La Tutela Cautelare . Turín 1963. p. 169. citado por SERRA DOMINGUEZ, Manuel. ob. cit. p. 15.
- (46) SERRA DOMINGUEZ, Manuel. ob. cit., p. 15 " Se le ha objetado no obstante a CALAMANDREI que el verdadero carácter de las medidas cautelares estribaría más bien en su provisionalidad. La objeción fue ya prevista y desvirtuada por CALAMANDREI para quien la provisionalidad, si bien es propia de la medida cautelar, no es sin embargo, nota característica de la misma siendo como el género del que la medida cautelar constituye una especie. La medida cautelar es provisional, pero existen actos procesales provisionales, del que es típico ejemplo la ejecución provisional, que no son cautelares. Más valor tiene la objeción íntimamente ligada a la primera, relativa a que si bien la medida cautelar es instrumental, no lo es respecto de la sentencia definitiva, sino respecto a la pretensión que se ejercite en el proceso, o, en formulación de CALVOSA, a la " Situación Cautelar ". Pues, resulta evidente que extinguida o reconocida la pretensión principal, por ejemplo, mediante el pago de la deuda, la medida cautelar quedaría sin efecto. La conclusión no es sin embargo del todo cierta, en cuanto para levantar la medida cautelar es preciso que la extinción o el reconocimiento de la pretensión principal conste en forma evidente en el proceso ".
- (47) FAIREN GUILLEN, Víctor. La reforma ... ob. cit., p. 903.
- (48) SALAMANCA MOLANO, Guillermo. Las Medidas Cautelares en los Procesos Civiles y Laborales. Manizales, Ponencia presentada al V. Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Noviembre, 1983, Igualmente : GARCIA SARMIENTO, Eduardo. Medidas Cautelares. Bogotá. El Foro de la Justicia. 1981, p. 95.
- (49) CALAMANDREI, Piero. ob. cit. p. 53.

- (50) GUTIERREZ DE CABIEDEZ, Eduardo. Estudios de Derecho Procesal. Pamplona. Eunsa. 1974. p. 388 " Creemos que se trata de instituciones diversas, ya que las medidas cautelares en sentido estricto no tienen en sí a la conservación de datos y pruebas sino más bien a hacer posible la ejecución de una sentencia futura ".
- (51) Entre ellos: El Código de Procedimiento Civil del Estado de Morales (México) en el capítulo IV, del título V, (providencias cautelares) del libro tercero.
- (52) Desde el Proyecto del Código de Procedimiento Civil para Colombia presentado por los doctores: Hernando Morales Molina, Luis Rafael Robles y José Joaquín Rodríguez, fueron ubicados en el capítulo relativo a las pruebas, y dándoseles la categoría de medidas preparatorias del juicio. De esta manera se sostuvo en la exposición de motivos. " Aunque hoy existen algunas disposiciones sobre la práctica de ciertas pruebas fuera de juicio, la Comisión ha juzgado conveniente agruparlas todas en un solo ordenamiento procurando al mismo tiempo una sistematización más completa. Son procedentes con medidas preparatorias del juicio, la absolución de posiciones, el reconocimiento de documentos privados, la exhibición de documentos privados, la exhibición de documentos o libros de comercio, la prueba de testigos y la de inspección judicial, siendo entendido que a ésta última prueba puede ir anexa la de peritos ". Proyecto de Código de Procedimiento Civil. República de Colombia, Ministerio de Justicia, Empresa Nacional de Publicaciones. Bogotá. 1956. p. 352.
- (53) El Código de Procedimiento Civil para la República del Uruguay, lo ubica como diligencias preparatorias para la demanda, en el capítulo I, del título IV, del libro primero. El Código Procesal Civil de la Nación para la República Argentina, las ubica en el capítulo II del título I, del libro II, parte especial; como diligencias preliminares del proceso de conocimiento. De la misma manera el Código Procesal Civil y Mercantil para Guatemala C.A. lo ubica en el libro II de los procesos de conocimiento, en el título I, capítulo I, sección segunda; " Pruebas Anticipadas ". El Código Procesal Civil Alemán (Z.P.O.) del 30 de Enero de 1877 los ubica en el título XII. Aseguramiento de la prueba ; del libro segundo, procedimiento de primera instancia.
- (54) El proyecto presentado por el profesor PEDRO ARAGONESES ALONSO, citado anteriormente los ubica en el libro cuarto, capítulo segundo, sección segunda. Nótese que la ley de Enjuiciamiento Civil Española actual los ubica en el título II, de los juicios declarativos capítulo I, sección segunda: Diligencias Preliminares: art. 502 " fuera de los casos expresados en el art. 497, no podrá el que pretenda demandar pedir posiciones, informaciones de testigos ni ninguna otra diligencia de prueba, salvo cuando por edad avanzada de algún testigo, peligro inminente de su vida, proximidad de una ausencia a punto con el cual sean difíciles o tardías las comunicaciones y otro motivo poderoso, puede exponerse el actor a perder su derecho por falta de justificación, en cuyo caso podrá pedir, y el juez decretará, que sea examinado el testigo o testigos que estén en las circunstancias referidas, verificándose su examen del modo que se previene en los artículos respectivos de esta ley. Estas diligencias se unirán a los autos luego que se presente la demanda ".

- (55) SAENZ, JIMENEZ, Jesús. Compendio de Derecho Procesal Civil Penal. Madrid. Santillana. 1965. p. 105.
- (56) CALAMANDREI, Piero. ob. cit. SALAMANCA MOLANO, Guillermo. ob. cit.
- (57) SERRA DOMINGUEZ, Manuel. ob. cit. p. 72.
- (58) Sentencia de la Corte pronunciada el 16 de Marzo de 1948.
- (59) PEREZ GORDO, Alfonso. La ejecución provisional en el Proceso Civil. Barcelona. Bosch. 1973. p. 38 Posiciones agrupadas por este autor.
- (60) Ibidem, p. 40 " Dicho " periculum in mora ", según podemos comprobar, no solo existe respecto de esa sentencia recurrida, sino también respecto de ese derecho que aún no ha sido objeto de una declaración jurisdiccional, y el peligro, en uno y otro caso, puede darse tanto en la misma pendencia del proceso declarativo, como en la no firmeza de la declaración jurisdiccional pendiente también de un recurso interpuesto y admitido. De ese peligro, veíamos que nos hablaban respecto de la ejecución provisional tanto PRIETO CASTRO, como CARRERAS, aun cuando consideramos que el que tal sea fundamento común tanto a la ejecución provisional como a las medidas cautelares, no autoriza, en absoluto, a que se pueda llegar a la conclusión de que una medida cautelar presuponen un proceso pendiente o aun no iniciado pero sin que haya dictado una resolución ya dictada en un proceso de declaración, si bien no firme por estar pendiente de un recurso interpuesto y admitido. De otra parte las dos instituciones, consideramos que pertenecen a campos distintos dentro del Derecho Procesal; mientras que las medidas cautelares han llegado a ser consideradas por un sector de la doctrina nacional y extranjera como un " tertium genus " al lado del proceso de declaración y ejecución, e incluso como alineadas en uno o en otro, la ejecución provisional actualmente viene siendo considerada como un auténtico proceso de ejecución, que si bien, en algun supuesto, se nos presenta limitado, sin embargo consideramos que ello no obsta a su auténtico carácter ejecutivo, ya que la misma, como en el caso de la ejecución basada en una sentencia firme, en todo caso comporta una penetración en la esfera jurídica del deudor ".
- (61) CHIOVENDA, José. en "Principi di diritto processuale civile ". Nápoles 1928 p. 232 a 234 y en Instituzioni, cit. I. p. 217 citado por Ibidem.
- (62) CALAMANDREI, Piero, Introducción. ob. cit. p. 512.
- (63) COSTA, en " contributo " cit. p. 35 y 60 citado por PEREZ GORDO, Jesús. ob. cit.
- (64) PEREZ GORDO, Alfonso. ob. cit. p. 42-43
- (65) FAIREN GUILLEN, Víctor. La Reforma... ob. cit. p. 899.
- (66) Expresión utilizada por CALAMANDREI, y al decir del traductor de la Introducción del Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares; SANTIAGO SENTIS MELENDO, la expresión " Peligro del ulterior daño " marginal " es tomada de ENRICO FINI, en Revista di. proc. civ. 1926, II.p. 50.

- (67) CALAMANDREI, ob. cit. p. 42
- (68) Ibidem. p. 40
- (69) Ibidem. p. 41
- (70) SERRA DOMINGUEZ, Manuel. ob. cit. p. 12 ver cita número 3 de este trabajo. " ALLORIO, per una nozione del processo cautelare, en " Rivista di Diritto Processuale " 1936. p. 32, donde añade que el costo y la duración son las imperfecciones más grave y más difíciles de evitar del proceso. La condena en costas y las medidas cautelares son los instrumentos utilizados por el derecho sustancial para resolver el problema del coste y la duración del proceso ".
- (71) Ibidem. p. 76
- (72) MOTERO AROCA, Juan. Sistema de Medidas Cautelares y su Concreción con el Proceso Laboral. Pamplona. Eunsal. 1974. p. 179. " El fundamento del proceso cautelar es el periculum in mora, y la adopción de medidas concretas encuentra su base en el fumus boni iuris. Sobre estos dos pilares se realiza toda la construcción posterior ".
- (73) GUTIERREZ DE CABIEDEZ, Eduardo. Estudios... ob. cit. p. 395.
- (74) CARNELUTTI, Francisco. ob cit. p. 62-63
- (75) DE LA PLAZA, Manuel. Derecho Procesal Civil Español. Madrid, Revista de derecho privado, 1955 p. 33
- (76) CALAMANDREI, Piero. Introducción... ob. cit.
- (77) SERRA DOMINGUEZ, Manuel. ob cit. GUTIERREZ DE CABIEDEZ, Eduardo. Estudios... ob. cit. entre otros.
- (78) Ibidem.

P A R T E G E N E R A L

REGIMEN JURIDICO DEL PROCESO CAUTELAR

2

LOS REQUISITOS DEL PROCESO CAUTELAR

Al igual que todo proceso los requisitos son : subjetivos, objetivos y de actividad, veámoslos :

I. SUJETOS DEL PROCESO CAUTELAR

A) EL ORGANO JURISDICCIONAL.

No existe duda del carácter jurisdiccional de las cautelas, toda vez que dentro del proceso principal no es posible que otra autoridad las decrete aun cuando su ejecución pueda ser realizada por autoridades administrativas, " pero aparte de la errónea concepción de querer ampliar el campo de la actividad estrictamente jurisdiccional, no sabemos, a la verdad, como está forma particular de actividad jurisdiccional puede encontrar su raíz fuera del proceso, en el campo del Derecho Sustancial, Privado o Público hay medidas o medios de tutela preventiva o represiva, encaminadas a prevenir y a reprimir las violaciones de los derechos. Pero tales medidas de tutela, preventiva, o represiva, de carácter sustancial, nada tienen que ver con las providencias cautelares emitidas, previa solicitud, por los órganos jurisdiccionales". (1) (2) (3)

Está determinado por la doctrina que los árbitros no pueden decretar cautelas: " Y quizá por haber intuído que las medidas cautelares hacen relación, más que a la tutela de los derechos subjetivos, a la policía del proceso, la

jurisprudencia se ha manifestado recía a admitir que se le pueda conferir a los árbitros por los compromitentes el poder de conceder secuestros durante el juicio arbitral" (4).

" En el Libro Tercero (Los Procesos), en las Secciones Segunda y Tercera, se refiere el Código de Procedimiento Civil a las " Medidas Ejecutivas " , como embargo y secuestro previos, y a las " Medidas Cautelares ", como embargo y secuestro previos, y a las " Medidas Cautelares ", como guarda de sellos y secuestro provisional, que pueden decretarse en los procesos de ejecución y de sucesión, respectivamente. Pues bien: en el arbitramento no es posible decretar medidas o precauciones de ésta clase. Al estudiar las controversias que podían decidirse por la justicia arbitral dijimos que debían ser susceptibles de transacción. Y poco más adelante, en desarrollo del mismo tema, observamos que todo lo relacionado con el orden público y todo aquello que le corresponde de manera exclusiva e indelegable a la rama jurisdiccional, constituye materia vedada para la actividad de los árbitros. En esa misma parte transcribimos la opinión autorizada de un tribunal de arbitramento constituido por los Doctores DARIO ECHANDIA, ANTONIO ROCHA Y RICARDO HINESTROSA DAZA quienes, después de insistir en que la materia controvertida tiene que ser susceptible de transacción concluye: " Sí las partes no tienen la potestad de embargar, tampoco se la puede dar a los árbitros, por virtud del compromiso arbitral, porque nadie puede dar lo que no tiene. El Estado ha tolerado expresamente que los arbitradores diriman contienda jurídica de los particulares, o que éstos deleguen en ellos la facultad de solución, pero dicha generosidad o tolerancia no puede entenderse más allá de lo expreso."

" Y entre las concesiones pertinentes no se halla la de ordenar medidas cautelares como tampoco la de poner el laudo en marcha ejecutiva. La citada

delegación se hecha de menos. Y algo peor: se rechaza de manera absoluta. Así reza la regla undécima del artículo 2.019 del Código del Comercio: " El Tribunal no podrá decretar medidas cautelares ". Con semejante prohibición sobran todos los razonamientos precedentes... " (5)

Como vemos son las razones que se esgrimen y entre ellas podemos agregar la de que los árbitros no son entes jurisdiccionales permanentes y por la naturaleza jurisdiccional de la cautela ellos están vedados para tales actividades.

Sin embargo, hemos encontrado que existen algunas autoridades administrativas que pueden decretar y practicar cautelas y son los Juzgados de Ejecuciones Fiscales mediante los cuales la administración entrega a estas entidades el recaudo de dineros a favor de la nación o entidades de Derecho Público y a cargo de los contribuyentes.

Pero este aspecto constituyen un caso excepcional a la jurisdiccionalidad de las cautelas toda vez que la regla general es que los procesos cautelares son adelantados por las instituciones investidas de jurisdicción.

Respecto de la competencia para el proceso cautelar, está determinada por la competencia para el proceso principal. Unicamente puede tomar cautelas el Juez que conoce del proceso principal, y ésta no puede ser delegada en ningún caso.

La compatibilidad debe darse tanto en el proceso principal como en el cautelar; así que, si no existe en el principal no existirá en el cautelar; si el Juez se declara impedido, o es recusado para conocer del proceso principal la situación es la misma para el cautelar.

B) LAS PARTES

Las partes en el proceso cautelar serán las partes principales, pues son estas quienes pueden pedir cautelas y son éstas las únicas que pueden soportarlas; cuando estas recaen sobre derechos de personas que no están vinculadas al proceso, estas se podrán oponer para obtener su levantamiento. Las partes, al igual que las del proceso principal, deberán reunir los requisitos de capacidad en sus dos grados : para ser parte y para obrar procesalmente, legitimación y postulación.

Para el caso de la parte accesorio esta podrá también hacer la petición de cautelas ya que el tenor del artículo 52 del C.P.C., esta puede realizar todos los actos procesales permitidos a la parte que coadyuva en cuanto no estén en oposición con esta y ello no implique la disposición del derecho que se litiga; si bien es cierto el coadyubante sólo puede intervenir cuando haya sido admitida la demanda, ello no implica que con posterioridad se pidan las cautelas: nótese que hasta tanto esté pendiente la sentencia las medidas que se toman serán cautelares.

Para el caso de la intervención ad excludendum, en el momento en que intervienen se convierte en parte y podrá como tal hacer la petición de cautelas con las que pretenda asegurar los efectos que ha de producir la sentencia si le ha de ser favorable.

Para el caso de la denuncia del pleito, del artículo 56 del C.P.C., lo considera litisconsorte con el denunciante y si se trata de la parte demandante no existe obstáculo alguno para que una vez intervenga pida las cautelas que han de asegurar la futura sentencia.

Es también de anotar que la falta de capacidad legitimación o postulación para el proceso cautelar lo debe ser también para el principal y es allí en

donde habrá que discutirse tal situación : como ya lo dijimos, lo que sucede en el principal influye sobre el proceso cautelar.

C) EL MINISTERIO PUBLICO

No se puede afirmar que el ministerio público sea un representante de la Ley, ni de la sociedad, o del interés público, porque como lo afirma el profesor JAIME GUASP (6) estos entes no se pueden personificar y por ello no es posible hablar de representación. El ministerio público ocupa una posición como órgano del Estado con una naturaleza distinta a los demás entes. Es un órgano estatal que interviene en el proceso pero con diferente función a la del órgano jurisdiccional.

El ministerio público es una verdadera parte dentro del proceso en que interviene sin tocar el interés que se deduce del proceso; y lo es, ya que puede colocarse en la parte activa o pasiva de la pretensión (7) ya que no reúne las condiciones de parte: que pretenda o contra él se pretenda.

Cuando el ministerio público asuma una posición de ataque o de defensa frente a la pretensión procesal " Que duda cabe que el Ministerio Fiscal es una parte " (8).

No hay que confundir al ministerio público cuando sólo dictamina sobre la procedencia o improcedencia de la pretensión invocada, pues, aquí no será parte; para que adquiera este carácter debe tomar posición frente a la pretensión y desplegar toda la actividad de una parte. Por ello no aceptamos el criterio del profesor CARNELUTTI que considera al ministerio público como " Parte imparcial " que se aproxima a la parte pero que se acerca al juez; creemos que con la denominación " parte imparcial " no se está delimitado concretamente la posición del Ministerio Fiscal; o es parte cuando asume una posición frente a

la petición o no lo es cuando sólo ofrece dictámen o concepto respecto de la pretensión y en tal asunto será un asesor del órgano jurisdiccional. (9) (10).

En lo que respecta al proceso cautelar, el Ministerio Público es una parte también deliberante, y no vemos como puede impedírsele o prohibírsele la posibilidad de pedir cautelas.

En los procesos en que interviene el ministerio público solicitar la toma de cautelas para garantizar la situación de los hijos o de los cónyuges; por ejemplo: solicitar en el proceso de separación de cónyuges; se autorice la residencia separada de los cónyuges; o la entrega de los menores a uno de los padres o a una tercera persona; también pedir alimentos para los menores etc.; solamente creemos que la cautela destinada a impedir la suposición de parto que reglamente el artículo 27 de la Ley 1a. de 1976, modificatoria del artículo 423 de C.P.C., no podrá pedirla el ministerio público toda vez que la Ley anteriormente citada la limita únicamente a la petición del marido.

II. OBJETO DEL PROCESO CAUTELAR

A) POSIBILIDAD

Las cautelas en un proceso deben ser posibles tanto físicas como jurídicamente; la juridicidad se refiere al hecho de no ser contrarias al regimen legal, ni a la moral o las buenas costumbres; sin embargo, además de que sea física y jurídicamente posibles, deberá contener dos requisitos.

a) Taxatividad. La cautela deberá estar taxativamente autorizada por la Ley, ya que en esta materia son muy pocos los casos de discrecionalidad para que el Juez pueda decretar otras según las circunstancias que observe en un momento determinado; tal ocurre en el proceso para destruir o reparar un bien

que amenaza ruina, como se deduce del artículo 430 numeral 3o. del C.P.C.; sin embargo han existido posiciones como la de CALAMANDREI de otorgar al Juez un " poder general " de ordenar medidas de cautela que no estén expresamente autorizadas en la ley. Veamos un caso interesantísimo que nos presenta el citado autor: " Hemos clasificado así las providencias cautelares en cuatro categorías, derivadas de cuatro configuraciones típicas que puede asumir su instrumentalidad: se puede sin embargo, preguntar, antes de proceder a la investigación, si en los institutos que hemos tenido presentes en nuestra enumeración (—y en los otros que eventualmente estén expresamente previstos por otras disposiciones de nuestro derecho positivo) deben considerarse agotados los medios de la tutela cautelar; o si, por el contrario, se debe reconocer también en nuestro de recho un poder cautelar general confiado al juez fuera de los institutos singulares antes enumerado, y en virtud del cual el juez puede siempre, cuando se manifieste la posibilidad de un daño derivado del retardo de una providencia principal, proveer en vía preventiva a eliminar el peligro en la forma y con los medios que considere oportunos y apropiados al caso.

" El problema puede presentar notable interés práctico (veremos más adelante una aplicación del mismo a propósito de la " provisional ": véase el No. 31) en todos los casos en que, aún subsistiendo un *periculum in mora*, sin embargo, en el derecho positivo un medio cautelar expresamente preordenado a las medidas prácticas que en concreto se demuestren como más idóneas para eliminarlo.

" Un caso singularísimo que se presentó en Francia hace algunos años, puede acreditar, mejor que cualquier razonamiento abstracto, la importancia práctica del problema. El propietario de un centro de recreo nocturno de París había dado el encargo a un pintor de decorar la sala de baile con frescos que representarían danzas de sátiros y ninfas; y el pintor, con objeto de aumentar

el interés de la decoración mural, pensó que podía presentar los personajes, que en esta coreografía figuraban en trajes superlativamente primitivos, con las fisonomías fácilmente identificables, de literatos y artistas muy conocidos en los círculos mundanos.

" La noche de la inauguración, una actriz que figuraba entre los numerosos invitados tuvo la sorpresa de reconocerse en una ninfa que danzaba en ropas extremadamente ligeras; y considerando que esta reproducción era ofensiva para su decoro, inició contra el propietario del local un juicio civil al objeto de hacerlo condenar a que borrarse la figura ultrajante y al resarcimiento de los daños; y de momento pidió que, ante la demora del juicio, se le ordenará que cubriese provisionalmente el trozo de fresco que reproducía su imagen en pose impúdica. No he conseguido saber si los jueces franceses encontrarían en su ley la forma se ordena tal medida cautelar; pero, si se hubiera presentado un caso análogo a los jueces italianos, ¿Cuál habría sido entre los procedimientos cautelares regulados por nuestro derecho, el idóneo para dar satisfacción provisional a la pudibunda solicitante? La denuncia de obra nueva, no, porque en el caso que se acaba de referir la obra estaba terminada, y porque, de todos modos, el daño podía derivar de aquella obra se refería a un derecho personalísimo de la reclamante, cual es el derecho sobre la propia imagen, y no, según el texto del artículo 698 del Cód. Civil. " a un inmueble, a un derecho real o a otro objeto poseído por él "; tampoco habría podido proteger la denuncia de daño temido, porque también ésta presupone un peligro inminente " para un fondo u objeto " poseído por el reclamante, expresión en la cual, si no se quiere recurrir a una analogía bastante remota, no puede verdaderamente considerarse comprendido el peligro inminente para el propio decoro personal. Probablemente, en un caso como este la finalidad cautelar habría podido lograrse solamente a través del secuestro en vía penal (art. 337 del Código del Procedimiento Penal en relación con los artículos 594 y siguientes del Código Penal); pero es

cierto que la solución del caso sería en la vía civil mucho más fácil si se reconociere al juez civil el poder general de ordenar medidas cautelares aunque no estén expresamente previstas por la ley " (11).

En nuestro medio, el mismo caso, quedaría sin la posibilidad de acordarse la medida cautelar ya que como lo dice el profesor HERNANDO MORALES MOLINA, el juez civil colombiano no está dotado del poder cautelar oficioso con leves excepciones en el proceso de sucesión, auncuando aboga porque se llegue a la cautela oficiosa o genérica.

b) Homogeneidad pero no identidad con las medidas ejecutivas. Además puede considerarse como requisito objetivo y vinculado a la posibilidad, que las medidas de cautela deben tener homogeneidad con las medidas ejecutivas pero no identidad; esto significa que las cautelas están pensadas para servir a una sentencia, que desde luego ha de ser ejecutada; ya hemos dicho que cuando la sentencia sea favorable al demandante la cautela no desaparece sino que se transforma, para tomar una entidad ejecutiva; pero mientras la sentencia esté pendiente no podrá confundirse la cautela con la ejecución anticipada o provisional de la sentencia que no se ha dictado. " Si no se diera esta homogeneidad, la medida cautelar sería ineficaz, pues no se aseguraría la futura ejecución de la sentencia, que es lo que se pretende con ella, ahora bien, si esta homogeneidad fuera tan absoluta que la medida cautelar llegara a identificarse con el derecho sustancial cuya tutela se pide, se concluiría en el extremo opuesto, es decir, en la ejecución adelantada del derecho. " (12) (13)

Para el profesor MANUEL SERRA DOMINGUEZ, puede ser esta la nota determinante de las medidas cautelares y que la diferencia de las otras medidas instrumentales que se presentan en el proceso (14). Creemos que antes que una carácter

terística de toda medida cautelar es un requisito del objeto de las mismas, por ello le hemos ubicado aquí.

B) IDONEIDAD

Se refiere a la adecuación que el proceso cautelar debe tener en función con los efectos de una sentencia.

C) CAUSA

No es suficiente en este proceso, tener un interés únicamente cautelar, sino además un motivo legal que justifique objetivamente la toma de las cautelas; estos motivos de índole legal se pueden resumir en dos: el *Fumus Boni Iuris* y la *Suspectio Debitoris*, veámoslas :

a) Fumus Boni Iuris (La apariencia de derecho) (15). Cuando se preten de la práctica de cautelas es necesario que el peticionario presente pruebas de las que resulten la posible existencia de un derecho en el demandante, que prima facie lleva la conclusión al juez, que de no discutirse esa apariencia inicial el demandante tiene la razón y así deberá manifiestarlo en su decisión final; pero ese primer estudio tiene algo de duda que corresponde al demandado hacer efectiva (16).

Pero como es sabido, en ciertos casos no es posible hacer ninguna clase de juicios de probabilidad o verosimilitud del derecho y que auncuando no exista contradicción por la parte demandada, no podrá llegarse a la misma conclusión anterior y, darle la razón al demandante. Veámos un ejemplo: si el demandante presenta un título ejecutivo a fin de que se libere mandamiento de pago y además se le decreta embargo y el ejecutado no propone excepciones, la sentencia ordenará llevar adelante la ejecución. Otro caso; si un poseedor demanda en proceso de pertenencia y pide le sea admitida a trámite y se ordena

cautelar de esta forma de embargo, considerando que es una medida inmediatamente ejecutiva, ya que al establecer la ley como contenido de la sentencia de remate " seguir adelante la ejecución " da a entender que las medidas tomadas con anterioridad a dicha sentencia son por sí ejecutivas (19).

Creemos equivocado este criterio ya que si, aún está pendiente la sentencia, todavía está en duda el reconocimiento del derecho del ejecutante y ello puede argumentarse mejor sí, por ejemplo, el ejecutado ha propuesto excepciones contra dicho mandamiento de pago, y si aún no se ha dictado sentencia, no existe la certeza que el juez la dictará ordenando seguir adelante la ejecución.

Indudablemente si se dicta sentencia y se practica un embargo y secuestro de bienes, este será ejecutivo, porque ya existe la certeza de la existencia del derecho en el demandante y por lo tanto, se procederá a ejecutar dicho fallo (para todos los procesos).

C) FORMA

Respecto de la forma en algunos procesos cautelares, es necesario demostrar ciertos presupuestos para acordar o decretar la medida; entre ellos podemos citar la caución que tiene que presentar el embargante a fin de garantizar los prejuicios que pueda ocasionar con la práctica de los embargos.

antes de la sentencia. En la legislación española pueden intentarse las medidas cautelares antes de presentarse la demanda principal; tales son los casos de las medidas cautelares relativas a la mujer casada; el llamado allí embargo preventivo, lo mismo el depósito de cosa mueble (art. 1881,-1411, 499 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Español); claro está que la práctica de estas cautelas deben ser " ratificadas " con la presentación de la demanda, dentro de un término de treinta días, y de diez a veinte días en el caso del embargo preventivo; sin embargo, se ha reclamado por el profesor GALLEGO MORELL_(18) que se extiende a otros casos la posibilidad de practicarlas antes de la presentación de la demanda.

Recordemos que este sistema operó en Colombia desde 1872 y fue consagrado en el artículo 273 y ss. de dicha Ley. Y creemos que es mejor nuestra legislación en el sentido de exigir como mínimo la presentación de la demanda principal para intentar las cautelas.

Respecto del tiempo, existe un sólo caso en donde pueden adelantarse las cautelas sin necesidad de demandar en el proceso principal; y se trata de la guarda y aposición de sellos en la sucesión; con la salvedad que si se inicia el proceso dentro de los diez días siguientes a la diligencia, el juez de oficio decretará el secuestro provisional de los bienes.

Pero también, siendo cautelares se pueden practicar una vez se notifique al demandado de la existencia del proceso y seguirán siendo cautelares porque aún no se ha dictado la sentencia; es decir, aún no se tiene la certeza frente al derecho reclamado por el demandante; y para dejar claro nuestro criterio, consideramos el embargo preventivo del proceso ejecutivo y el decretado una vez se haya producido el despacho de ejecución (llamado en Colombia de mandamiento de pago) es cautelar. Algunos autores niegan el carácter

artículo 671 del Código de Procedimiento Civil Italiano autoriza a decretar el secuestro conservativo cuando a instancias del acreedor haya fundado temor de perder la garantía del crédito.

PORTUGAL. El código portugués exige para el decreto del embargo, la certeza de una deuda (o exige de un derecho de crédito) y el justo recelo de la insolvencia del deudor o de la ocultación de los bienes por éste.

ESPAÑA. (Ley de Enjuiciamiento Civil). Requiere para el decreto de la medida de embargo, 1) que con la solicitud se acompañe un documento del que resulte la exigencia de una deuda; 2) encontrarse el deudor en uno de los casos señalados por la ley que configuran sospecha de que este pretende sustraerse al cumplimiento de una obligación, posición que se ha considerado recogida del derecho italiano medioeval.

III. DE LA ACTIVIDAD DEL PROCESO CAUTELAR

A) LUGAR

La actividad de las cautelas deben realizarse en la sede del órgano jurisdiccional que ha de conocer del proceso cautelar, pero a su vez, algunas cautelas por su carácter material deberán realizarse en el lugar en donde se encuentren los bienes o las personas.

Nótese que las cautelas del proceso de sucesión (Guarda y Aposición de sellos) podrán adelantarse ante el juez civil municipal o circuito a prevención, aun cuando uno de estos resulte no ser el competente para conocer del proceso.

B) TIEMPO

El proceso cautelar deberá instaurarse con el proceso principal; y hasta

tomado la ley de enjuiciamiento civil español de 1855.

El actual Código de Procedimiento Civil Colombiano no enumera en ninguno de sus artículos los casos en que debe considerarse a una persona sospechosa; lo que sucede es que la ley presupone la sospecha, es decir, nos considera a todos los ciudadanos colombianos dignos de ella, por lo tanto, no será necesario demostrarla.

Algunos códigos exigen para el decreto de cautela estas dos clases de presupuestos así tenemos :

ALEMANIA. El Código de Procedimiento Civil Alemán, consagra la medida cautelar a partir del artículo 916 a 935 en sección 5a. del libro 8o., siendo necesario :

- 1) La existencia de un crédito o acción para reclamar del demandado una suma de dinero en metálico o suceptible de hacerse la conversión a metálico;
- 2) La existencia de una causa que haga temer al solicitante de la medida, que al no tomarse la cautela frustrará o dificultará notablemente la ejecución del fallo definitivo.

ITALIA. (Codice di procedura Civile Italiano), con diferente nomenclatura ha regulado el llamado embargo, denominándole secuestro y dentro del mismo clasificando el judicial y el conservativo; consistió el primero en la custodia y gestión provisional de los bienes sobre los que se discute propiedad o posesión y el segundo el aseguramiento de bienes para la satisfacción del crédito ejecutado; puede recaer sobre muebles e inmuebles, este secuestro conservativo consagrado en esta legislación corresponde al embargo preventivo de la legislación española y el embargo previo de la legislación colombiana. El

la inscripción o registro de la demanda, y el demandado (propietario) no contesta, no por ello el juez deberá llegar a la conclusión de que el demandante ha ganado el bien por prescripción; deberá probar los hechos de la demanda. En este segundo caso, los documentos sirven para delimitar el objeto del proceso y además el sujeto a ser demandado, y sobre ellos no podrá el juez hacer el juicio de verosimilitud de que el derecho lo puede tener el demandante; en estos casos el demandante deberá por lo menos INVOCAR el derecho para que así le sean decretadas las cautelas.

b) Suspectio Debitoris (Sospecha del Deudor). (17). Es un requisito de las cautelas, el hecho de que la persona que ha de soportarlas de la impresión de que se sustraerá al cumplimiento de la sentencia.

La Ley de enjuiciamiento civil española consagra en su artículo 1.400 numeral 2, los siguientes casos en los cuales debe considerarse a un deudor sospechoso: " Que el deudor contra quien se pide se halle en uno de los casos siguientes: " Que sea extranjero no naturalizado en España" " Que aunque sea español o extranjero naturalizado, no tenga domicilio conocido o bienes raíces, o un establecimiento agrícola, industrial o mercantil en el lugar donde corresponda demandarle en justicia el pago de la deuda. " Que aún teniendo las circunstancias que acaban de expresarse, haya desaparecido de su domicilio o establecimiento, sin dejar personal alguna frente de él; y si la hubiera dejado, que esta ignore su residencia; o que se oculte, o exista motivo racional para creer que ocultará o malbaratará sus bienes en daño de sus acreedores ".

Cuando la cuantía del proceso supera las 10.000.00 pesetas y el título sea calificado, no será necesario probar las circunstancias de sospecha; este mismo sistema fue adoptado por el Código de Procedimiento Civil Colombiano de 1873, artículo 308, ya que se copió del Código Chileno que a su vez había

CITAS 2

- (1) ROCCO, Ugo. ob. cit. p. 17
- (2) SERRA DOMINGUEZ, Manuel. ob. cit. p. 19. " La adopción de medidas cautelares solo corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado. Es comúnmente admitido que los árbitros no pueden acordar medidas cautelares, ni siquiera cuando las partes les han conferido esta función. Ello es debido a la similitud entre la medida cautelar y la ejecutiva, excluida de la jurisdicción arbitral, por entrañar necesariamente la medida cautelar el ejercicio de una " protesta " de que carecen los árbitros ".
- (3) DE LA PLAZA, Manuel. ob. cit. p. 23
- (4) CALAMANDREI, Piero. ob. cit. p. 141
- (5) DUQUE ECHEVERRI, Emilio J. Del Arbitramento Mercantil. Medellín. Bedout. 1974. p. 117.
- (6) GUASP DELGADO, Jaime ob. cit. p. 162
- (7) Ibidem,
- (8) GONZALEZ PEREZ, Jesús. Derecho Procesal Constitucional. Madrid. Sivistas. 1980. p. 98.
- (9) GUASP DELGADO, Jaime. ob. cit. p. 165.
- (10) ALMAGRO NOSETE, José. Justicia constitucional. Madrid. Artigráfia. 1980. p. 240. " Sería deseable que esta legitimación no fuera un adorno entre las complejas funciones que incumben al fiscal. Tradicionalmente, superado su primer origen, como defensor del fisco y trasladadas granparte de sus funciones a la Abogacía del Estado, las atribuciones del M.F., se han consolidado en el ámbito del proceso penal, en el que resulta pieza insustituible. Sus otras funciones de intervención en de terminados procesos civiles se han cumplido también. En todos los campos, sin embargo, en que el margen de disposiciones concretas que establezcan una intervención preceptiva se ha asignado al M.F. atribuciones de iniciativa en defensa de intereses sociales o públicos, la generali-

dad de los preceptos, de una parte, y la inercia que impone el resto de sus funciones, impide un desarrollo eficaz de las mismas. En relación con los intereses colectivos o difusos, Cappeletti ha puesto de relieve la escasa trascendencia que puede tener en la práctica el confiar a órganos que tienen ya una carga de trabajo y una ubicación tradicional, como el M.F.; nuevas tareas o funciones. Por eso, pensaba más en la eficacia que pudiera tener el " ombudsman " o las asociaciones de intereses colectivos, como promotoras de acciones en este orden, si traemos a colación estas observaciones, no es con espíritu de crítica, a las tareas que cumplen el M.F., ni con ánimo esceptico sobre sus posibilidades en nuevos campos, sino como asicate y estímulo para que el M.F., pueda organizarse, de manera que también estas nuevas funciones puedan ser atendidas ".

- (11) CALAMANDREI, Piero. ob. cit. p. 65-66
- (12) GUTIERREZ DE CABIEDEZ, Eduardo. ob. cit. p. 16
- (13) PEREZ GORDO, Alonso. Medidas cautelares y Ejecución provisional. Pamplona. Eunsa. 1974. p. 248 " Pero si consideramos que no sabe en ningún caso conceptuar una misma hipótesis como una medida cautelar y ejecutiva, al propio tiempo, mucho menos cabe considerar un supuesto genuino y auténtico de ejecución provisional como una medida cautelar más. Aparte de ser incompatible la coexistencia de ambos institutos, debido a su distinto tratamiento procesal, el objeto de los mismos nos reconduce a dicha propia conclusión; mientras que la medida cautelar no puede tener más extensión que la mera garantía i de aseguramiento de una sentencia que aún no existen, sin embargo, la ejecución provisional, aparte de comportar una penetración en la esfera jurídica del ejecutado, puede llegar, inclusive a través del embargo y de la enajenación forzosa, a la propia satisfacción del ejecutante ".
- (14) SERRA DOMINGUEZ, Manuel. ob. cit. p. 17
- (15) CHIOVENDA, José ob. cit., p. 285.
- (16) SERRA DOMINGUEZ, Manuel. ob. cit. p. 37
- (17) CHIOVENDA, José. ob. cit. p. 285; en el mismo sentido GUASP DELGADO, Jaime. ob. cit. o. 690.
- (18) GALLEGO MORELL, Manuel. El sistema de Medidas Cautelares en el Derecho Comparado. Madrid. 1956
- (19) SERRA DOMINGUEZ, Manuel. ob. cit. p. 65; con criterio diferente al decir del mismo autor (cita 133 de la misma obra p. 64) " Ver por ejemplo, FAIREN GUILLEN. La Reforma ... cit. pp. 51 y 67, Derecho Procesal... cit. II, pág. 50 si bien este último parece rectificar su opinión en la p. 670 ".

PROCEDIMIENTO DEL PROCESO CAUTELAR

I. NOTAS PECULIARES DEL PROCESO CAUTELAR

A) SUMARIEDAD

Su procedimiento es rapidísimo. Están caracterizados los procesos cautelares por una tramitación sencilla y rápida ya que si la lucha es contra el tiempo, este no se puede perder; por ello entre la presentación de la solicitud de cautela y su práctica, y no existen más que dos actuaciones que podrían ser la orden al demandante de prestar caución, en su caso; y la providencia que la ordena. Para el caso de Colombia en aras de la rapidez que requieren las cautelas, se ha institucionalizado un reparto especial de procesos llamados preventivos, en el cual se reparten con prelación todos los negocios en donde se solicita la práctica de cautelas, reparto que se verifica todos los días hábiles, en contraposición a los demás procesos en donde no se piden cautelas que se efectúa tan solo dos días a la semana (martes y viernes); además de la posibilidad del demandante de renunciar a los términos de ejecutoria de la providencia que decreta el embargo y secuestro; así como la presentación y aceptación de la caución que ofrece el demandante antes que el juez ordene presentarla con el señalamiento de su cuantía; se ha hecho costumbre por los jueces señalar como monto de la caución el 10% del valor del crédito por cobrar ya que de este valor se limitará también el embargo y secuestro. De todas maneras la secuencia se invierte, es decir, se practican, las cautelas sin contradicción previa y ésta se da una vez se haya

ejecutado.

No debe confundirse la sumariedad con la superficialidad (1); si bien es cierto que el juez va a efectuar el juicio de verificación sobre el documento llevado a su conocimiento, no está exonerado de hacer ese juicio, con cierta prudencia; sería peligroso la constitución de cautelas, sin que los documentos reúnan los mismos requisitos señalados por la ley.

Algunos autores colocan la sumariedad como característica del proceso cautelar (2), pero creemos que se trata de una nota determinante de su procedimiento toda vez que la sumariedad se predica de sus términos cortos.

B) URGENCIA

La urgencia de los procesos cautelares, a fin de no hacer ilusorios los efectos que ha de producir la sentencia, son los que justifican su tramitación antes de darle conocimiento del proceso al demandado.

El conocimiento previo del demandado, del proceso cautelar, conduce a que, de una parte, ejecute conductas a fin de evadir la acción de la cautela, y de otro, que a través de recursos y oposiciones se dilate su práctica.

Pero aun cuando se practiquen o acuerden después de notificado el demandado de la existencia del proceso, no pierden su naturaleza de cautelares porque aún no se ha dictado la sentencia.

El procedimiento en todo proceso está integrado por las fases de nacimiento, desarrollo y terminación.

II. FASE DE NACIMIENTO DEL PROCESO CAUTELAR

A) DEMANDA CAUTELAR.

Para decretar y practicar las cautelas es necesario que se presente un escrito que contenga la petición de la cautela, porque como lo dijimos anteriormente, por regla general, el juez no puede decretarlas de oficio, debe mediar el interés del peticionario.

a) En cuanto al lugar. La petición cautelar deberá presentarse en el juzgado o tribunal que habrá de conocer el proceso principal

b) En cuanto al tiempo. La petición debe formularse en el momento de instaurar la demanda principal o en un momento posterior y será petición cautelar si se efectúa antes de dictarse la sentencia, pues si se hace posteriormente será ejecución de esa sentencia (3).

c) En cuanto a la forma. La petición deberá formularse por escrito, bien sea, con la demanda o en escrito separado cuando la Ley así lo ordene; en los procesos que siguen el trámite ordinario y que sean de mínima cuantía, creemos que podrá presentarse en la misma forma que la demanda principal es decir, en forma verbal pero el secretario deberá también en el acta incluir dicha petición cautelar. Además deberá formularse en idioma español (art. 101 del C. P.C.), no siendo válido hacerlo en otro.

B) JURAMENTO

La petición de cautela deberá llevar la manifestación del juramento, cuando la ley lo exija; es decir, debe el demandante manifestar bajo la gravedad del juramento que no está actuando con malicia, exigencia que la ley no debe consa

grar pues el proceso moderno está informado por el principal de la buena fe y la lealtad procesal. Por lo tanto, las actuaciones de las partes y sus apoderados se entienden de buena fe; esta exigencia luego es negada por la misma ley, en el sentido de exigir el juramento para luego decir: " que se entenderá prestado con la presentación del escrito ", norma que estimamos innecesaria (4).

C) CAUCION O CONTRACAUTELA

Cuando se pretenda que el embargo y secuestro de bienes se practiquen con anterioridad a la notificación de la providencia que inicia el proceso, el demandante debe ofrecer al juez su disposición para prestar la caución que este señale para asegurar los posibles perjuicios que se puedan causar si el derecho no fuere reconocido en el fallo principal (6). La caución puede consistir en dinero, otros bienes, pólizas bancarias y otorgadas por compañías de seguros o entidades de crédito legalmente autorizados para ésta clase de operaciones; pero no todos los procesos requieren prestar caución para practicar estas medidas con anterioridad a la notificación de la primera providencia, tal es el caso de los procesos de nulidad, divorcio del matrimonio civil y separación de bienes (6).

Ofrecida la contracautela, el juez procede a señalarla, teniendo en cuenta la clase de procesos y el monto de la obligación, que el demandante cumplirá al pie de la letra, a fin de que aquel pueda decretarlas anticipadamente; en nuestro ordenamiento (al tenor del artículo 514) una vez notificado el mandamiento de pago, no es necesario prestar la contracautela económica para su decreto pero si debe presentarse el juramento. Es necesario recordar que, cuando el juez ordena prestar la caución es porque ya existe auto admisorio de la demanda o de mandamiento de pago; por lo menos las dos providencias deben ser simultáneas, pero sucede en algunos despachos judiciales en que se dicta el auto

que ordena prestar la caución, hecho lo cual se decide sobre el mandamiento de pago y esto no puede operar así, pues el sustento de las cautelas es la admisión de la demanda; otros juzgados, por ejemplo, dictan el auto que ordena prestar la caución y otorgan un término para ello, y si no se cumple rechazan la demanda. Para nosotros es equivocada esta forma de proceder de algunos jueces ya que si no se cumple la prestación la caución deberá ordenarse la notificación de la providencia que inicia el proceso.

D) DECISION CAUTELAR

Prestada la caución deberá el juez calificarla y si la encuentra ajustada a las exigencias de la Ley, decretará las cautelas, limitándolas a lo estrictamente necesario con el objeto de contrarrestar el peligro que corre la ejecución de la sentencia; bajo ninguna circunstancia debe el juez dejar la puerta abierta al abuso de los acreedores.

Es oportuno decir que el procedimiento del proceso cautelar se encuentra invertido, pues el del proceso en general es acción, pretensión, contradicción, decisión y ejecución. En el proceso cautelar existe : Acción cautelar, preten sión cautelar, decisión ejecución y contradicción. La misma naturaleza de las cautelas obliga a que sea esta su secuencia; toda vez que quedarían sin piso si antes de practicarlas diéramos la oportunidad de contradecirlas, porque con ello estaríamos negando las mismas cautelas.

III. FASE DE DESARROLLO DEL PROCESO CAUTELAR

A) PRACTICA.

Consiste la práctica, en la ejecución de la cautela de acuerdo con lo ordenado por el juez; la práctica de éstas varía según la clase de procesos cau telares que se están adelantando, y su estudio corresponde a la parte especial,

o sea, al estudio detallado de cada una de las figuras.

Sin embargo, podemos dar como normas generales :

a) Una providencia por lo menos notificada al peticionario. Si los embargos y secuestros han de ser practicadas con anterioridad a la notificación de la primera providencia al demandado, por lo menos debe estar notificada al demandante (7), quien puede renunciar a los términos de ejecutoria y en tal evento se dará inmediato cumplimiento al auto que decreta dichas medidas; para esto se librará el respectivo oficio al funcionario que ha de tomar nota del embargo, o despacho comisorio al funcionario comisionado para practicar el embargo y secuestro; o proceder a señalar día y hora para tal efecto cuando el juez del conocimiento la practica. Si es decretada la cautela después de notificada la primera providencia al demandado, esta debe ser notificada a ambas partes y quedar debidamente ejecutoriada.

b) Toma de posesión de los auxiliares de la justicia. Cuando el embargo recae sobre muebles este se perfecciona con el secuestro, es decir, en el mismo instante en que se secuestran quedan embargados; por lo tanto, previamente deberá dársele posesión al secuestre que ha sido designado y a quién se le entregan los bienes embargados; al secuestre debe notificársele la designación, y debe comparecer al despacho del juzgado para posesionarse del cargo; si por alguna razón el secuestre no se posesiona con anterioridad a la práctica de la diligencia se efectuara esta en el momento de iniciarse la diligencia; si el secuestre no comparece a la diligencia (posesionado o no), el juez podrá nombrar otro que lo remplace y proceder a su posesión; de todas maneras la diligencia no podrá practicarse si no hay secuestre.

c) Constitución en diligencia pública. Cuando el juez debe practicar la diligencia de embargo y secuestro personalmente, deberá constituirse en

diligencia pública, con su secretario, o un ad hoc, y se levantará un acta de los acontecimientos y de las intervenciones de las partes, sus apoderados, auxiliares de la justicia y terceros cuando a ello hubiere lugar.

Nótese que el juez no se constituye en audiencia pública general, ya que esta se practica en el mismo juzgado (para recibir testimonios, por ejemplo), aun cuando ciertas diligencias se pueden practicar en el mismo juzgado; por ejemplo: la inspección judicial sobre otro expediente que cursa en el juzgado. Pero, por regla general, las diligencias serán practicadas fuera del juzgado; es importante esta aclaración porque, como es sabido, cuando se habla de diligencia, esta puede ser suspendida para su continuación en otra fecha, mientras que la audiencia no puede serlo y el juez deberá citar para una nueva si en la primera no fue posible recepcionar el testimonio totalmente, por ejemplo.

B) CONTRADICCION

Si la medida cautelar ha sido anticipada, es decir, anterior a la notificación al demandado, hasta este momento no se ha producido ninguna clase de contradicción por el sujeto pasivo de la pretensión cautelar (8).

Una vez practicada, deberá darse la oportunidad de la contradicción, para ejercer el derecho de defensa frente a la cautela.

La forma de oposición consiste en los recursos que la ley señala contra la providencia que las decretó; podrá también alegarse la falta de motivo legal, la de una circunstancia de carácter subjetivo, relativa al mismo proceso cautelar, o una circunstancia objetiva, como no existir documentos que autoricen las cautelas o no tener homogeneidad como la pretensión procesal invocada.

La falta de requisitos que han de incidir en el proceso principal, como la falta de competencia, por ejemplo, debe plantearse en el proceso principal y no el cautelar.

Existe otra forma de oposición por parte del sujeto pasivo a través del incidente y se trata de la reducción de la medida que se considera excesiva.

Nótese que no se debe confundir el derecho de contradicción en el proceso cautelar que puede ejercer su sujeto pasivo, con la oposición de terceros frente a las cautelas practicas, ya que esto constituye una típica intervención de terceros en el proceso cautelar, que se estudiará en el capítulo de los sujetos.

IV. FASE DE TERMINACION DEL PROCESO CAUTELAR

A) TERMINACION NORMAL

La terminación del proceso cautelar depende de la actitud asumida por el sujeto pasivo de la pretensión cautelar.

Si el sujeto pasivo no se opone a las cautelas practicas, por la interposición de los recursos contra la providencia que las decretó, éstas adquieren firmeza, y el proceso cautelar ha cumplido con su función que repetimos hasta la saciedad de garantizar los efectos de la futura sentencia.

Si el sujeto pasivo interpone recursos, su tramitación corresponde al proceso cautelar y esta terminará con la providencia que resuelve los recursos y las levantará o dejará que alcance firmeza.

B) TERMINACION ANORMAL

La forma anormal con que puede terminar un proceso cautelar varía sustancialmente, lo cual depende de la categoría de procesos que se adelanten. Sin embargo, consideramos que son normas generales de terminación del proceso cautelar, las siguientes :

a. Por terminación anormal del proceso

1.- Desistimiento. Siendo el proceso cautelar el que está destinado a auxiliar el proceso principal, en la satisfacción de la pretensión demandada, estas no pueden existir separadamente del proceso; si el demandante desiste de las pretensiones en su totalidad las medidas practicadas deben de inmediato ser levantadas. Cuando el desistimiento no es sobre la totalidad de las pretensiones, sino sobre algunas de ellas, podrá pedirse la reducción de las cautelas si estas resultaren excesivas respecto de las pretensiones que no fueron desistidas.

No habrá levantamiento de medidas cuando el desistimiento no provenga de todos los demandantes pero quien desiste será siempre condenado en costas; respecto de los perjuicios, la condena debe ser equitativa, es decir, si un demandante desiste participará en la indemnización a que diere lugar hasta el momento de su desistimiento y desde ese momento los perjuicios que se sigan causando serán por cuenta de los que no desistieron.

2.- Transacción. Con la transacción pueden terminar los procesos principales y ello conduce a que el proceso cautelar deba también terminar ya que lo accesorio sigue la suerte del principal.

No podríamos pensar en una transacción que dejara sin levantar indefinidamente cautelas practicadas.

3.- Perención. En los procesos en que se decreta la perención por inactividad del demandante (si el expediente permanece en la secretaría por seis meses durante la primera instancia), el juez al decretarla levantará las medidas cautelares decretadas y practicadas. Siendo la perención una forma anormal de terminación del proceso de inmediato dá lugar al archivo del expediente; de donde se sigue el levantamiento, pues no se pueden archivar expedientes si hay cautelas vigentes. (art. 345 del C.P.C.)

b) Por inactividad de demandante. Como sabemos no todos los procesos pueden terminar anormalmente por perención. El legislador excluyó de esta modalidad los procesos en que sea demandante la nación, un departamento, una intendencia, una comisaría o un municipio; los procesos de división de bienes comunes, de deslinde, de jurisdicción voluntaria, de sucesión por causa de muerte y liquidación de sociedades, ni los de ejecución; pero para el caso en que se den los presupuestos de la inactividad para el proceso ejecutivo, podrá pedir el demandado, en lugar de la perención, que se decreta el desembargo de los bienes trabados que, no podrán ser objeto de nueva cautela en el mismo proceso sino pasado un año.

De lo anterior surge la pregunta ¿ Podrá el juez decretar el levantamiento de las medidas cautelares de oficio en el proceso ejecutivo cuando se den los presupuestos de inactividad ? Nuestro criterio es el siguiente: El artículo 346 reglamenta la perención del proceso, caso en que dispuso el legislador que las perenciones sólo podrán decretarse a petición del demandado y el levantamiento de las medidas cautelares es una consecuencia de la perención; por ello, consideramos que a los procesos en que no es procedente el decreto de perención no podemos aplicar minuciosamente las normas pertinentes a dicha figura ya que el mismo inciso quinto del art. 346 inicia así : " Lo dispuesto en este

artículo no se aplica a los procesos... "; concluimos que para reglamentar el levantamiento de la medida cautelar en el ejecutivo, el legislador tomó únicamente el presupuesto de inactividad del demandante y por ello el juez puede de oficio levantarlas amparando en el principio inquisitivo en materia de impulso procesal, es más, el mismo inciso quinto del art. 346 dispone; " podrá pedirse que se decrete el desembargo ", la norma no restringe la petición únicamente al demandado por lo tanto cualquier persona interesada en el levantamiento de la cautela puede solicitarlo o, por lo menos, insinuarle al juez su levantamiento.

c) Por desistimiento del proceso cautelar. La parte más interesada en la conservación de las cautelas es quien las solicitó y en favor de quienes se practicaron; si en un momento los efectos que se aseguraron se ven amenazados por haberse levantado las cautelas, el riesgo lo debe correr éste; el Estado cumplió con su función de aseguramiento. Esta solicitud de levantamiento puede en un momento estar justificada pues si la misma parte demandante observa que hubo exceso en la práctica de las medidas, él será el más interesado en no seguir causando perjuicios al ejecutado, o por lo menos no hacerle más gravosa su situación. En tal caso, siempre que se pide el levantamiento de la medida debe condenarse al solicitante al pago de costas y perjuicios que deben liquidarse a través de un incidente por las reglas del artículo 308. del C.P.C..

d) Por absolución del demandado. Para nosotros es innecesaria la norma del artículo 687 numeral 4o. del C.P.C., puesto que la sentencia absolutoria dá por terminado el proceso y las cautelas no pueden subsistir en estos casos independientemente de él, aun cuando la norma dispuso respecto a la absolución del demandado en proceso declarativo, pues no sólo se aplica a esta clase de procesos sino a todo proceso en que se absuelva al demandado; se deben levantar las cautelas decretadas y practicadas en el proceso que termina; tal es

una consecuencia de la sentencia absolutoria.

e) Por oposición de terceros. Un tercero puede promover incidentes para que se declare que tenía la posesión material del bien al tiempo en que aquel se practicó y obtiene decisión favorable.

Ha sido costumbre de ciertos litigantes aprovechar los procesos y sus cautelas para despojar a terceros poseedores de los derechos que los asisten y les reconoce la ley. Para tal protección el Código de Procedimiento Civil reglamentó la oportunidad del poseedor para solicitar el levantamiento de las medidas practicadas sobre sus bienes; para ello debe reunir dos caracteres indispensables:

1.- Ser tercero, es decir, no se parte en el proceso; pero únicamente parte principal porque solamente contra las partes principales se pueden decretar embargos y secuestros, en contra de los coadyubantes no es posible. El concepto de tercero arranca del concepto de parte, es decir, el peticionario debe ser ajeno a la relación material que se discute en el proceso, aun cuando en ciertos casos, puede ser coadyuvante y tener la cosa sobre la que recae el embargo y sequestro, es decir, ser poseedor, porque adquirió la posesión de una de las partes, y si esta parte pierde el proceso el coadyuvante va a ser desfavorecido. En tal caso, el coadyuvante puede hacer la petición del levantamiento del sequestro; como vemos este coadyuvante, tiene un carácter de parte. Al respecto el profesor JAIRO PARRA QUIJANO dice: Es innegable que el interviniente adhesivo es parte, aunque accesoria; defiende intereses ajenos, pero no sus intereses; si se ven vinculados por un embargo y secuestro puede pedir su levantamiento. También es procedente hacer la aclaración sobre la parte que inicialmente lo es y luego pierde esta calidad, pues aunque la haya perdido, puede pedir el levantamiento de la medida, si se ven sus derechos vinculados al proceso: tal es el

caso de la laudatio o nominatio auctoris.

2.- Ser poseedor. La norma es clara; la persona que pide el levantamiento del embargo y secuestro debe demostrar su carácter de poseedor, sea regular o irregular; el hecho es que debe demostrar que tenía posesión al momento de practicar la diligencia. Si discute en estos casos la posesión para no convertir el incidente en una tramitación en que se discuta el dominio de las cosas embargadas y secuestradas pues para ello existen los procesos pertinentes. Es abundante la jurisprudencia sobre el punto. Veamos : " De acuerdo con el sentido claro del art. 1021 del C.J. y de lo que respecto a su alcance tiene establecido la jurisprudencia, en el incidente que surge como consecuencia de la oposición de un tercero al secuestro de los bienes embargados en ejecución, sólo se discute el hecho de la posesión material que tuviera el opositor el día del secuestro de manera que todo lo relacionado con el derecho de dominio que aleguen las partes están descartados del debate, particularmente cuando la oposición versa sobre inmuebles. Por consiguiente en casos tales, el problema de la oposición se reduce a una cuestión de hecho consistente en determinar con las pruebas aducidas en el incidente y con los elementos aportados por el Juez en la diligencia de secuestro, si el tercer opositor reúne las calidades jurídicas de un simple poseedor material de la cosa, que se persigue en la ejecución. Que el inmueble está hipotecado al acreedor, o que el deudor sea el verdadero dueño de aquel, son cuestiones jurídicas ajenas a la materia propia del incidente, pues si está hipotecado quiere decir que la ejecución no comprendió a uno de los poseedores : el material; y si la propiedad en realidad corresponde al deudor, la última parte del art. 1021 del C.J. tiene una posición distinta de la que es simplemente secuestro, pues primero, además de secuestro, es poseedor con los derechos que importa la calidad, mientras no venga la providencia judicial que decida la oposición y que la niegue al opositor el carácter de posee

dor " (9). Tribunal de Bogotá: " quiere la ley que se respete el poseedor y que no se le despoje con ocasión de las diligencias inherentes al juicio ejecutivo, por eso en el art. 1021 del C.J. le proporciona los medios de acreditar que es poseedor legítimo con posesión que deba ser respetada y ordena el efecto que el incidente que surja por la oposición al depósito se abra la puerta para que dentro del respectivo término se acrediten los hechos correspondientes a esa posesión. No para que se discuta y prueba quien es el verdadero dueño de la finca " (10) (11).

Inicialmente la norma exigía que el poseedor no estuviere presente en la diligencia podía iniciar el incidente con posterioridad pues de lo contrario allí debía haber formulado su oposición; esta parte del artículo fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia; dando ahora la oportunidad a quien estuvo y quien no estuvo presente en el momento de la diligencia de formular la oposición a través de incidente con posterioridad. Para la declaración de inconstitucionalidad consideró la Corte lo siguiente : " Indudablemente, para que se satisfagan las garantías constitucionales de defensa, se impone que el afectado goze de oportunidad para llegar y controvertir pruebas y de su ministrar en forma idónea sus explicaciones y argumentos. Cierro es que actos de posición en diligencias judiciales, como lo de secuestro pueden realizarse directamente por el afectado, sin que se exija su representación por abogado inscrito (ord. 4. art. 28 decreto 196/71). Empero ello no significa que todos los ciudadanos se encuentran en condiciones para ejercer por sí solos, los diversos actos que envuelven la idónea defensa en tal caso, sino que simplemente constituye una oportunidad que le permite a quien se considera apto para ese efecto, realizar por sí mismo, los actos propios de su defensa. Más, no puede admitirse que su sola presencia en la diligencia de secuestro, constituya idóneo ejercicio de su defensa, al extremo de que su silencio le haga preclusión,

y prive por manera definitiva y absoluta de la oportunidad de demostrar y hacer valer en incidente posterior, su derecho al bien secuestrado. " EMBARGO Y SE - cuestro ... si un tercero que no estuvo presente en la diligencia de secuestro, promueve incidente para que se declare que tenía la posición material del bien al tiempo en que se practicó, y obtiene decisión favorable ". O sea que las condiciones que exige el legislador extraordinario para hacer posible el levanta - miento del embargo y el secuestro, en el caso que se analiza, son las siguientes:

a. Que el incidente lo promueve un tercero. b. Que este tercero no haya estado presente en la diligencia de secuestro. c. Que el tercero pida que se décrete que tenía la posesión material del bien a tiempo en que se practicó el embargo o el secuestro, y d. Que el tercero obtenga decisión judicial favorable

El inciso acusado del numeral 6 del artículo 687 del Código de Procedimiento Ci vil no es en todo su cuerpo inconstitucional. Por el contrario, en su finalidad esencial se aviene la carta, pues protege la posesión material, indebidamente in - terrumpida, sobre bienes secuestrados que no corresponde al entramamiento liti - gioso de las partes que se debaten por su derecho, sino a tercero ajeno de ella y porque condiciona el levantamiento de secuestro a una decisión judicial favo - rable de un incidente en el que tanto la actuación de las partes como la del tercero dejarán en claro al juez si este tenía o no la posesión material y si por lo tanto tiene o no el derecho a que se le respete. En cambio atendería con - tra el derecho de defensa y contra los principios del debido proceso consagrado en el artículo 26 de la constitución. Así como contra el derecho de domino del artículo 30 superior, disponer que no se puede desembargar un bien cuya posesión no corresponda a ninguna de las partes en litigio, ya que esto equivaldría a exi - gir responsabilidad patrimonial a quien no es causante de ella, lo cual resulta - ría además incompatible con lo prescrito en el artículo 20 de la carta que seña - la que los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infrac - ción de la constitución y de las leyes..."(12).

Consideramos que debe ponerse un término preclusivo a la formulación del incidente de levantamiento de las cautelas practicadas; pues un poseedor debe tener inmediato conocimiento de las medidas practicadas sobre sus bienes, de los cuales dice ser poseedor y si no se entera, entonces ¿Qué clase de poseedor es ?, en ese caso no sería un poseedor; por lo tanto la reducción del término debe ser a 10 días máximo tomados desde la práctica de la medida para que se intente el incidente caso contrario caducará la oportunidad. ¿Por qué del termino preclusivo ? Porque al demandante también se le debe proteger, es decir, el también debe tener certeza de la efectividad de las cautelas que son la garantía de su pretensión, máxime que cuando las cautelas no han sido impugnadas no podrán practicarse otras, porque serían inicialmente excesivas; dejamos esta inquietud para los ajustes del Código de Procedimiento Civil.

f) Por vencimiento de términos. Veamos ahora el inciso séptimo del artículo 513 del C.P.C., que dispone: " Cuando de los tres meses siguientes a la fecha del mandamiento ejecutivo, no se hubiere notificado a todos los demandados, ni hecho las publicaciones para su emplazamiento se levantará de oficio los embargos y secuestros decretados hasta ese momento mediante auto apelable en el efecto diferido ". Es necesario hacer una aclaración respecto de la redacción de la norma transcrita: los tres meses se cuentan desde la práctica de la cautela, aun cuando la norma lo dispuso desde la fecha de mandamiento depago, pues el espíritu de la misma pretende proteger al ejecutado a fin de que el demandante haga las diligencias necesarias para la notificación y se debe tomar como fecha la de su práctica ya que desde ese momento surte efecto la medida, y en ciertos casos se decretan cautelas y su práctica requiere un tiempo a veces demasiado largo que puede dejar al ejecutante sin la posibilidad de realizar las diligencias para la notificación del mandamiento ejecutivo y es lógico porque si las medidas no se han podido practicar el juez no tiene nada que levantar y notificar al demandado antes de su prác

tica ya sería poner en aviso al mismo para que se insolvente y el proceso resultaría ilusorio en sus efectos. Afortunadamente la jurisprudencia, por lo menos la del Tribunal de Bogotá, ha venido aplicando reiteradamente este mismo criterio: " Levantamiento de Medidas Cautelares. Artículo 513. Cuando el mandamiento de pago y las medidas cautelares se han proferido en la misma fecha, el término de tres meses para surtir la notificación del demandado no se cuenta sino una vez consumada las medidas el segundo inciso del artículo 513 del C.P.C., dice que los embargos y secuestros preventivos se practicarán antes de notificar al deudor el mandamiento de pago. Establece que se consumarán antes de tal notificación para dar cumplimiento al fin que con ella se persigue, hay que armonizar el inciso precisamente con el séptimo, como quiera que este otorga tres meses para procurar la notificación personal del auto ejecutivo o las diligencias para su emplazamiento, pero el término no puede contarse necesariamente desde la fecha de la orden de pago, puesto que si así se puede hacer inocua la medida cautelar, luego si el decreto de medidas de cautela y el auto ejecutivo, se proferieron a un mismo tiempo, el demandante tendrá que hacer practicar medidas diligentemente, fecha que será el punto de partida para calificar su diligencia en hacer notificar al deudor o procurar su emplazamiento. De otra manera significaría que el acreedor podría no adelantar la consumación total de los embargos y secuestros previos, aunque haciendo practicar algunos y, entre tanto no se le obligaría a procurar la notificación o el emplazamiento del deudor. Para evitar perjuicios al demandado o a terceros es por lo que se le señala un plazo y es como lo dice el demandante, una sanción a su negligencia. El inciso séptimo del citado artículo 513 ordena levantar los embargos y secuestros pero si no se han consumado no se entiende como podrían levantarse y no puede obligarse al acreedor a que haga notificar antes de consumarlos. De donde se sigue que la interpretación de la unidad del artículo conduce a que el plazo de tres meses tiene que contarse a partir de cuando el acreedor está obligado a hacer notificar al deudor o a procurar su emplazamiento, obligación que no tiene antes de consumir la medida previa

y mientras no haya embargos o secuestros consumados, no pueden decirse que se causan perjuicios. De modo que si el fin es sancionar al demandante negligente que causa perjuicios no puede sancionarsele mientras no haya negligencia ni posibles perjuicios. En este asunto, como se anotó en los antecedentes, el mandamiento de pago, se dictó el 27 de Enero de este año, (FL 4 c. 1), el 15 de Junio se vé que el demandante suministró lo necesario para la notificación personal (fol 4. v. ibidem), pero el secuestro se comenzó el 21 de Abril (fols. 9 y 9 vc. 2), o sea sin vencer aún los tres meses desde la fecha de mandamiento de pago, esa conducta del demandante no demuestra ciertamente que la falta de notificación del auto ejecutivo o el emplazamiento al demandado se deban a causa de él imputables para sancionarlos por una actuación que no da base para ella, el citador fue al sitio que se le dió el 16 de Junio, según su informe, (fol. 6 c.1.), o sea un día después de cuando se pagó la notificación y se dió la dirección. El demandante pagó por segunda vez, el 4 de Agosto y el citado trató de cumplir el 18. De suerte que no apareciendo que haya conducta negligente como lo exige en los incisos 2 y 7 del artículo 513 del C.P.C., lo resuelto no se ajusta a la finalidad de la regla como surge el expediente, a razón que conduce a afirmar el proveído sin imposición de las costas del reclamo al apelante ni en perjuicios por temeridad o mala fé por no advertirse lo dispuesto del art. 74 del C.P.C., y en lugar de dejar vigentes los secuestros consumados " (13) (14).

Sin embargo este plazo de tres meses para notificar el mandamiento de pago cuando existen cautelas practicadas puede no existir por la siguiente razón: Pensemos en este caso: se demanda el proceso ejecutivo con un documento firmado ante dos testigos en el cual solicitamos que previamente a librarse mandamiento de pago se efectúen las diligencias para el reconocimiento del documento, y desde luego, se decreten y practiquen embargos y secuestros; se practican estas antes de la notificación de la providencia que ordena al demandado presentarse al

juzgado a fin de reconocer los documentos base de la ejecución. Pero el ejecutante no hace las diligencias necesarias para que la notificación se practique oportunamente, pues en este caso una vez vencido los tres meses después de la práctica de las cautelas, el juez no puede levantarlas ni de oficio ni a petición de parte, por que aún no se ha librado mandamiento de pago. También el mismo caso sucede en los procesos ejecutivos contra herederos a los cuales se les debe notificar la existencia del crédito y como es sabido se decretan y practican las cautelas antes de librarse la orden de pago para previamente notificar la existencia de los créditos a los herederos; sino se hace las diligencias necesarias para tal notificación. No es posible levantar las cautelas por la razón anotada para el anterior ejemplo, es decir, no hay mandamiento de pago a favor de nadie por lo tanto no hay providencia que notificar y la norma ordena levantar las medidas practicadas sino se notifica dentro de los tres meses el mandamiento ejecutivo.

Creemos, por lo tanto, que el código de procedimiento no previó estas situaciones y en este sentido se le debe dar más amplitud a dicha norma consagrado el levantamiento de las cautelas cuando dentro de los tres meses a la práctica de ellas no se han realizado las diligencias para la notificación del crédito a los herederos; o al demandado para el reconocimiento del documento; esto se logrará en los ajustes que se deben realizar al Código.

g) Por revocación del auto base del proceso principal. Ya hemos dicho que el decreto de las medidas de embargo y secuestro en el proceso ejecutivo debe ser simultáneo al mandamiento de pago (art. 513.2) con las salvedades de ser el título ejecutivo una prueba sumaria o por haber muerto el deudor; solamente el juez puede librar orden de pago cuando esté frente a un título que preste mérito ejecutivo de los consagrados en el artículo 488 del C.P.C., cuando el mandamiento de pago sea revocado; pues es consecuencia lógico el levantamiento de

las medidas decretadas y practicadas, con base en la mencionada providencia. Pero en algunos casos puede no ocurrir el levantamiento de las medidas cautelares por la revocación del mandamiento de pago. Pensemos en este caso: muere el deudor y se adelanta la respectiva ejecución; el juez libra mandamiento de pago se recurre al auto, y el superior revoca la providencia ordenando la notificación de los créditos a los herederos . En este caso no se puede levantar las cautelares ya que es posible decretarlas y practicarlas antes de dicho mandamiento. Si esta notificación se solicitó en la demanda, no opera el levantamiento; lo mismo ocurre si se libra el mandamiento de pago con base en un documento que ha sido firmado ante dos testigos y sólo falta el reconocimiento; el decreto de medidas cautelares opera siempre y cuando el ejecutante solicite en la misma demanda que previamente se efectúe la diligencia de reconocimiento; lo mismo sucede por revocación del auto que declaró la quiebra o por restitución del quebrado. Si por cualquiera de las causas consagradas en el art. 1950 del Código del Comercio el quebrado obtiene su restitución, en el mismo auto se revocará la providencia que declaró el estado de quiebra y en consecuencia la situación retornará al estado en que se encuentra el deudor antes de la declaración, es decir, se considerará como si nunca se hubiera producido . En tal caso se levantarán las cautelares.

h. Por sentencia inhibitoria. Si bien es cierto que la sentencia inhibitoria es un caso normal de terminación del proceso principal, sin importar que su contenido es anómalo, para el proceso cautelar consiste en una terminación anormal, pues el proceso cautelar asegura unos efectos que la sentencia produce y la sentencia inhibitoria no produce un efecto para ejecutar; por lo tanto, ellas deberán ser levantadas de inmediato.

CITAS 3

- (1) SERRA DOMINGUEZ, Manuel. ob. cit., p. 80. " La sumariedad no debe empero convertirse en superficialidad, por no afectar tanto a la profundidad del conocimiento cuanto a los límites del objeto conocido, debiendo por tanto el Juez estudiar en cada caso concreto la concurrencia de los presuntos reglas que determinan la adopción de la medida cautelar, examen que no puede aplazarse al incidente de oposición o a los recursos ".
- (2) FAIREN GUILLEN, Víctor. Reforma ... ob. cit. p. 905
- (3) SERRA DOMINGUEZ, Manuel. ob. cit. p. 85. " En cambio no existe inconveniente en admitir que la medida cautelar se solicite una vez iniciado el proceso o en alguna de sus instancias, siempre antes de la sentencia firme, pues pronunciada ésta sólo proceden medidas ejecutivas ".
- (4) Art. 513, inciso 2; 514 del C.P.C. Colombiano.
- (5) GUTIERREZ DE CABIEDEZ, Eduardo. Estudios... ob. cit. p.393
- (6) Art. 691. Código de Procedimiento Civil Colombiano.
- (7) DEVIS ECHANDIA, Hernando. Nuevo Procedimiento Civil Colombiano. Bogotá. Ediciones Rosaristas. t.4; 1971. p. 123 y 124.
- (8) GUASP DELGADO, Jaime. ob. cit., p. 693.
- (9) Auto de la Sala de Negocios Generales, 13 de Octubre de 1941. " G. J.T. " LII o 3311.
- (10) Auto 30, de Septiembre de 1932, " G.J.T. " III, Núm. 20 p. 31) "
- (11) Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. MERCEDES de Ospina. Septiembre 19 de 1981.
- (12) SENTENCIA No. 52 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PLENA: Expediente No. 954. Norma Acusada. Inciso primero del numeral 6 del artículo 687 del Código de Procedimiento Civil. Actor. Héctor Rodríguez Cruz. Magistrado Ponente : MANUEL GAONA CRUZ, Julio 8 de 1982.

- (13) Tribunal Superior de Bogotá. Auto de Octubre 31 de 1978, ejecutivo singular de LUIS ALBERTO GONZALEZ vs. MELQUISEDEC LOZANO AYA, Magistrado Ponente. D. EDUARDO GARCIA SARMIENTO.
- (14) Tribunal Superior del Distrito Judicial Bogotá D.E., 9 de Diciembre de 1975.

EFECTOS DEL PROCESO CAUTELAR

Los efectos del proceso cautelar, hay que estudiarlos en sí mismos, pues varían de uno a otro. " Son sustancialmente los que se derivan de su concepto, ya que tienden a facilitar los efectos de un proceso principal, mediante la anticipación a que, en su caso, daría lugar a la ejecución de los resultados de este " (1). Sus efectos se producirán una vez se dicte la sentencia, o sea, servirán de medidas ejecutivas.

I. EFECTOS JURIDICO-MATERIALES DEL PROCESO CAUTELAR

A) DIRECTOS

Como sabemos, todo proceso produce efectos jurídicos y el proceso cautelar no es la excepción. Así como en el proceso general se producen efectos jurídicos materiales, tales como la creación, modificación y extinción de alguna situación jurídica como repercusión directa en el mundo jurídico-material, es indudable que el proceso cautelar afecta directamente las situaciones jurídicas de tipo material que toca. Así pues, vemos que los procesos cautelares de tipo patrimonial afectan de una u otra manera los bienes que han de soportarlos, en algunos casos sacándolos del comercio humano (embargo y secuestro); en otros, afectando a los adquirientes con fuerza de cosa juzgada de estos respecto del proceso principal (anotación de la demanda).

Desde el punto de vista de los sujetos, las cautelas cuando recaen sobre bienes revisten al juez de una potestad real sobre ellos, para así garantizar los efectos de la decisión que ha de formular. En lo que respecta a las partes, el peticionario de las cautelas (embargo por ejemplo) adquiere un derecho real sobre los bienes que soportan medidas a que sea satisfecha con la realización forzada; con ello no adquiere poderes al margen del proceso tales como la propiedad, el uso o disfrute, cuando pueda otorgarle la administración de los mismos; tampoco adquiere derechos de garantía. Respecto del sujeto pasivo de las cautelas, este pierde la posibilidad de imponer un libre destino patrimonial a los bienes que le soportan, y ello no implica la pérdida del dominio y posesión del bien; en algunos casos el acto de enajenación al tenor de nuestra legislación dará lugar a la nulidad por objeto ilícito (embargo); en otros, el acto será inoponible al sujeto activo de la cautela (registro de la demanda).

Respecto de terceros debemos observar: si los bienes son de propiedad del sujeto pasivo, los terceros no podrán interferir con el embargo; claro está que tampoco se puede desconocer los derechos de terceros con anterioridad al embargo; por ejemplo, la hipoteca, la posesión que un tercero tenga sobre el bien.

En el caso del proceso cautelar de tipo personal también la influencia que éste produce mientras se espera la sentencia, es fundamental; así tenemos que el proceso cautelar de separación provisional de cuerpos suspende temporalmente las obligaciones de tipo conyugal; frente al cónyuge demandado no hay la menor duda de que se produce una modificación de la situación jurídica material de la persona que lo soporta y sobre sus actos.

B) INDIRECTOS

El proceso cautelar también produce como el proceso común efectos jurídicos materiales de tipo indirecto o reflejo que afecta situaciones jurídicas no vinculadas al acto procesal (proceso cautelar) pues actúa como hecho, como

acaecimiento. Así, por ejemplo, la venta del bien embargado hace que ésta tenga objeto ilícito es decir, el contrato de venta se vé afectado en su validéz no por que tenga una relación directa con el proceso cautelar sino que recibe la influencia de modo indirecto o reflejo del mismo.

En el caso del proceso cautelar personal, se afectan actos realizados por la persona que está sometida a la cautela como la disposición de bienes del provisionalmente interdicto que están afectados por falta de capacidad, es decir, que se produce, la influencia de modo indirecto del proceso cautelar.

II. EFECTOS JURIDICO-PROCESALES DEL PROCESO CAUTELAR

A) LA COSA JUZGADA

El proceso común produce efectos también de tipo procesal, y la doctrina ha elaborado los conceptos de cosa juzgada formal y cosa juzgada material; para el primer caso, se trata de la firmeza que alcanza la sentencia dictada en un proceso sin que pueda ser directamente atacado, es decir, a través de los recursos y para un segundo caso es la inatacabilidad indirecta o mediata de un resultado procesal, esto es, a través de la apertura de otro proceso.

Las notas características de la mutabilidad y provisionalidad hacen que esta forma de cosa juzgada en sus dos grados (formal y material) sea extraña al proceso cautelar. Su vida cambiante, que depende del querer de las partes (bien por el demandante que puede libremente desistir del proceso cautelar; bien el demandado que puede pedir reducciones y cambiarla simplemente por otro, por ejemplo bienes por dinero) hace muy difícil pensar en una inatacabilidad de la cautela. La provisionalidad impide cualquier razonamiento al respecto ya que la cosa juzgada da estabilidad y firmeza en el tiempo es decir, indefinidamente. El proceso cautelar tiene una vida corta; de un lado deben morir porque también muere el proceso principal o debe mutarse en medida ejecutiva porque la sentencia dictada en el proceso principal así lo convierte.

De otro lado, no se dan algunos de los requisitos exigidos para tal figura, como que la providencia susceptibles de cosa juzgada son las sentencias y en el proceso cautelar se dicta una providencia que por su contenido es cautelar, pero no configuran una sentencia.

" Consecuencia lógica de estos caracteres es la tendencia extendida (pero discutible) afirmar que las resoluciones cautelares no surten efectos de cosa juzgada; su instrumentalidad, su especial objeto, su variabilidad y su especial provisionalidad, incluye la " duración " de los efectos de una decisión en que consiste la cosa juzgada " (2).

B) RETIRADA DE LA DEMANDA.

Como efecto importante de tipo procesal que produce el proceso cautelar, podemos citar el de la posibilidad de retirar la demanda. Cualquier demanda puede ser retirada siempre y cuando no se haya trabado la relación jurídica procesal y se hubieren practicado medidas cautelares (art. 88 del C.P.C.).

¿ Qué sucede en el evento que las medidas cautelares fueren levantadas por falta de notificación oportuna del auto admisorio de la demanda o su notificación oportuna del mandamiento de pago o por petición del demandante y se ha condenado a éste al pago de los perjuicios ?. Consideramos que no podrá retirarse la demanda cuando se hubieren practicado las medidas y estas fueron levantadas, hasta tanto no se tramite el incidente de liquidación de los perjuicios y costas ordenadas y su pago se halla efectuado, o no caduque la oportunidad para intentar el incidente que es de dos meses ya que la condena será in genere al tenor del artículo 307 y 308 del C.P.C. .

C) INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION

El artículo 90 del C.P.C. Dispone que puede interrumpirse la prescripción desde la presentación de la demanda siempre y cuando el demandante cumpla

con una serie de cargas tales como: suministrar lo necesario para notificación al demandado; que se notifique a este dentro de los diez días siguientes al suministro del valor de la notificación; que en caso de no producirse esta se surta la notificación como un curador ad litem dentro de los dos meses siguientes. En caso contrario se entenderá interrumpida desde la fecha de notificación personal o al curador.

Así las cosas, el código no previó la situación que podría presentarse cuando el demandante pida que se practiquen cautelas para asegurar los efectos del proceso.

El demandante se encuentra entre la espada y la pared; de un lado, si da cumplimiento al artículo 90 del C.P.C., a fin de interrumpir la prescripción, notifica al demandado, y pone en peligro su derecho, de otro lado, si se dedica a practicar cautelas le prescribe el derecho, las mismas cautelas no tendrán objeto.

A los litigantes debe el legislador darles la oportunidad de ejercer " normalmente " sus derechos y no convertir la ley en un sofisma para que las personas eficazmente no las puedan ejercer. Así las cosas, el artículo 90 debe adaptarse a la situación presentada; por lo tanto el demandante podrá practicar sus cautelas en un término razonable, y una vez practicadas (es decir desde el día en que se ejecutan y tiene efectividad), empezarán a correr los términos del artículo 90 del C.P.C., y la obligación de cumplir con dichas cargas. Ahora bien, ¿ Qué sucede si por ejemplo el demandante pide varias cautelas ? Empezarán a correr dichos términos cuando se ejecute la última de ellas. Si lo que se pide es un embargo de un inmueble, o la anotación cautelar de la

demanda. ¿ Desde cuándo empieza a correr el término del artículo 90 del C.P., C. ?. A nuestro entender será a partir de la fecha en que el registrador pone a disposición del público el documento que se le presenta para embargar o anotar demanda; toda vez que el demandante no podrá saber si el registrador anotó o no la cautela solo cuando se ponga a su disposición, de otro lado, el embargo, o anotación tendrá la fecha de anotación, de la radicación del oficio del embargo. Esta situación debe ser regulada por el C.P.C., en los ajustes que a éste se le deben hacer.

III. EFECTOS ECONOMICOS DEL PROCESO CAUTELAR

Los efectos económicos que producen el proceso no son otros que el pago de las costas o gastos procesales que ha debido efectuar una parte para el triunfo de su pretensión; tales gastos y costas se extienden a las erogaciones que ha debido efectuar la parte para el aseguramiento de la sentencia; es decir, que el proceso cautelar también requiere inversiones para que pueda darle efectividad al fallo definitivo y sus resultados no sean ilusorios.

Por lo tanto, quien efectúe gastos en el proceso cautelar tienen derecho a que se le reembolsen (tasas, honorarios, gastos en la ejecución de las caute las; pólizas que actúan de contracautelas, etc.).

Es necesario hacer caer en la cuenta que un efecto de tipo económico fundamental del proceso cautelar es el de los perjuicios que se ocasionen con este, cuando la pretensión procesal no prospere.

Los perjuicios serán necesarios analizarlos en cada proceso cautelar,

pero por ahora decimos que estos se producen por el solo hecho de la no prosperidad de la pretensión principal.

CITAS 4

- (1) GUASP DELGADO, Jaime. ob. cit. p. 696
- (2) FAIREN GUILLEN, Víctor. ob. cit. p. 905. LIEBMAN, Enrico Tullio. Unitá del procedimiento cautelar p. 253 citado por FAIREN GUILLEN, Víctor.

P A R T E E S P E C I A L

TITULO PRIMERO
DE LOS PROCESOS CAUTELARES

I. EL PROCESO CAUTELAR DE TIPO PERSONAL

5

GENERALIDADES

I. CONCEPTO DE PROCESO CAUTELAR DE TIPO PERSONAL

Las legislaciones han regulado de una u otra manera una serie de caute-
las que pueden recaer sobre las personas. En este punto hay que observar que
que la parte general ha sido estudiada desde el punto de vista del proceso cau-
telar patrimonial y a este tipo de proceso cautelar personal no se le puede mi-
rar con los mismos ojos, toda vez que los intereses que se mueven en él debe
ser abordados con otros criterios.. Sin embargo traemos del proceso cautelar
general todo lo que podemos aplicar al de tipo de cautela personal sin desna-
turalizarlo.

" En primer lugar debe quedar claro que no se puede operar aquí con
los mismos principios que rige los procesos matrimoniales, ya que los procesos
sobre estado civil y condición de las personas están inspirados sobre acciones
de estado recaen directamente sobre vínculos personales, pero indirectamente

también afectan a una serie de relaciones derivadas de estos vínculos de diverso contenido. En consecuencia, en muchos casos no cabe ningún tipo de medida cautelar en relación con el proceso de estado. Estas son especificaciones en sus presupuestos y en sus funciones " (1).

Nuestro primer código judicial de 1872 consagró en su artículo 1324 la posibilidad (en el proceso de divorcio o nulidad del matrimonio), de pedir, por parte de la mujer, su retiro del hogar por lo menos durante el trámite del proceso " Desde que se promueva un juicio de nulidad o de divorcio, la mujer tiene derecho a pedir que se la deposite en una casa honrada que merezca la confianza del juez, prefiriéndose siempre la de los padres de la mujer, el depósito subsistirá mientras dure el juicio ". Asimismo , se consagra en el artículo 1366, la cautela de interdicción provisional del disipador, es decir las cautelas de tipo personal en nuestro medio son de vieja data.

Al llegar el Código Judicial de 1931 (Ley 105) se le dió ya una denominación mas acorde a su naturaleza a este tipo de actuación y fue así como el capítulo III del título XIX se le denominó " medidas preventivas ", refiriéndose éstas a las medidas que podrían tomarse en el proceso de nulidad o divorcio.

—Veamos el artículo con la exposición de motivos de dichas normas por parte de la comisión redactora de la época: " antes de iniciarse el juicio de nulidad de matrimonio o de divorcio, o durante él debe el juez tomar las medidas preventivas autorizadas por la ley. Tales providencias se pueden tomar de una vez, o a medida que vayan siendo menester, y el juez, al hacerlo, ha de tener en cuenta que ellas estan consagradas especialmente por la ley para proteger a la mujer. Si la adopción de las medidas se pide antes de iniciarse el juicio, el juez debe levantarlas si no se le presenta la demanda dentro

de los cinco días siguientes al de la notificación del auto que las ordenó ".
Acerca del capítulo anterior dijo la comisión: " el artículo 792 quiebra toda
duda sobre el punto de que las medidas preventivas autorizadas por la ley sus
tantiva en los casos de nulidad del matrimonio y de divorcio, pueden tomarse
a medida que su necesidad lo impongan, pues no ha faltado quien pretenda que
una demanda sobre medidas preventivas traba una especie de litis contestatio
invariable .

" Al mismo tiempo, recuerda este texto al juez que él, en este caso,
tiene a su cargo el deber especialmente de proteger a la mujer, habida cuenta
de su incapacidad. El artículo 793 fija un lapso breve para que se presente
la demanda luego de adoptadas las medidas previas, pues no sería razón dejar-
las subsistentes indefinidamente o por largo tiempo ".

Nuestro actual código de procedimiento civil a pesar de haber dedicado
un libro especial (el cuarto) para las " medidas cautelares " observamos
que éstas no fueran incluídas en dicho articulado y por lo tanto, éstos se en
cuentran regadas por los códigos y leyes reformatorias; que iremos estudiando
al hilo cada una de ellas.

" El proceso.- instrumento puede manifestarse en forma declarativa o de
ejecución, pero como afirma Prieto-Castro, esas dos funciones a que sirve el
proceso no son suficientes para satisfacer cumplidamente el derecho otorgado a
los ciudadanos. Surge así una tercera función, la cautelar, mediante la que
se arbitran medidas preventivas que garanticen el cumplimiento de la obligación
que vendrá contenida en la sentencia definitiva futura, siendo pues necesaria
también ésta función para que el proceso cumpla de manera efectiva el fin que
le es propio .

" No todas las medidas preventivas o cautelares que hacen posible la función cautelar, son del mismo carácter y naturaleza; sin ánimo de hacer una clasificación, no ya pormenorizada, sino, ni simplemente somera, se pueden distinguir atendiendo al objeto inmediato, a quien van dirigidas, medidas cautelares reales y medidas cautelares personales, según afecten a bienes o a personas .

Partiendo de ésta definición, según la jurisdicción ante la que el proceso se desarrolle, predominarán unas u otras; mientras que en el proceso civil predominan las medidas cautelares sobre bienes, medidas cautelares reales, en el proceso penal dichas medidas tienen un matiz, más personalista; en cuanto tienden a asegurar más que bienes en litigio, la presencia del inculpado en el proceso para que éste pueda llegar a una sentencia definitiva. (Gómez Orbaneja).

" Esto no significa la total ausencia de medidas cautelares personales en el proceso civil, ni la carencia de medidas cautelares reales en el proceso penal, sino simple y llanamente un predominio que viene dado por el concreto objeto y fin a que ambos procesos tienden. Si el objeto del proceso penal lo constituye un hecho a que está considerado como delito o falta, de cuya omisión se acusa a una persona o personas, el inculpado o inculpados, y sin el cual el proceso no puede terminar en una sentencia de fondo, lo lógico es que haya previstas una serie de medidas preventivas que tienden a asegurar la presencia del inculpado o inculpados, en el proceso para que éste no malogre su fin; sin perjuicio de que también se aseguren por ejemplo, todas aquellas cosas o instrumentos materiales que sirven para esclarecer las circunstancias que han rodeado la comisión del hecho delictivo, por medio de otras medidas preventivas de distinta naturaleza ". (2).

Por ahora diremos que el proceso cautelar personal; " Es aquel que recae sobre el cuerpo, o sobre la voluntad de las personas ".

II. NATURALEZA JURIDICA DEL PROCESO CAUTELAR DE TIPO PERSONAL

A) ES UN PROCESO CAUTELAR

Como lo advertimos inicialmente no podemos darle al proceso cautelar personal, el mismo tratamiento del proceso cautelar patrimonial.

Así las cosas, partimos entonces sosteniendo que la finalidad del proceso cautelar personal no será ya la ejecución efectiva, de sentencia, toda vez que no creemos posible que alguien se sustraiga a los efectos de ella; por ejemplo: ¿ La sentencia de separación de cuerpos o divorcio, estará sin posibilidad de ejecución sino se separa provisionalmente los cónyuges ?. Entonces ¿ De dónde su naturaleza cautelar ?. Ella se observa frente al peligro que amenaza al cónyuge, por ejemplo: de ser no oportuna y eficaz su comparecencia al proceso; y del mismo cónyuge, de tipo físico que corre junto al otro; entonces su fundamento no estará ya en el periculum in mora, sino en el periculum in damni que abordaremos en el siguiente capítulo.

La doctrina procesal (3) se ha pronunciado en su mayoría en favor del criterio de que las medidas relacionadas con las personas tienen un carácter cautelar " Casi la totalidad de los autores que se pronuncian en favor del carácter contencioso, de las medidas en relación con la mujer casada las consideran como medidas cautelares, sin duda por su marcado carácter preventivo y función tuitiva". Otros por el contrario (4) sostienen que la única institución de tipo cautelar que pueden dar lugar en relación con las personas es la separación provisional de los cónyuges; bien sea en el proceso de nulidad del matrimonio civil (5) en la separación de cuerpos (6) y en los procesos canónicos

de nulidad y separaciones matrimoniales (7).

Consideramos que no solamente constituyen cautelas la separación provisional de los cónyuges sino también, la interdicción provisional, el arraigo del quebrado, la suspensión y decisión de juntas de socios etc., y para ello habrá de establecerse las notas generales que las integran, en cada una de las figuras, pero en principio la instrumentalidad, la provisionalidad, y la mutabilidad, parecen ser mucho más flexibles y de mayor aplicación en estas clases de cautelas.

Las cautelas que han de recaer sobre las personas tendrán como finalidad genérica, si bien no aseguran los efectos de la sentencia si producir efectos que la sentencia tendrá que producir una vez dictada, siempre y cuando esta sea estimatoria.

B) DEBE RECAER SOBRE EL CUERPO O LA VOLUNTAD DE LAS PERSONAS

Al igual que las medidas patrimoniales que solo pueden recaer sobre bienes; el proceso cautelar personal debe regirse y recaer únicamente sobre las personas bien sea sobre su cuerpo (arraigo del quebrado, separación provisional) o bien sea sobre la voluntad del demandado (suspensión de las decisiones de juntas de socios, suspensión de obra nueva etc.).

Es de anotar también que una cautela personal puede tener distinta finalidad según se tome en el proceso civil o penal, toda vez que un arresto en el proceso penal tendrá como finalidad el aseguramiento del efecto principal de la sentencia condenatoria, pero de todas maneras éstas recaerán sobre el cuerpo mismo del sindicado.

Es esta la razón , por la cual la cautela personal merece un tratamiento distinto del embargo o secuestro de bienes; de otro lado, la cautela personal puede recaer no ya sobre el cuerpo del obligado sino sobre su ánimo, con el objeto de que haga algo o deje de hacer algo, convertible su no cumplimiento en sanciones de otro tipo. (ej. La suspensión de las decisiones de las asambleas o juntas de socios) (8).

III. FUNDAMENTO (PERICULUM IN DAMNI).

Para la cautela general establecimos el fundamento de ésta (el periculum in mora); tomada como base la cautela patrimonial, ya que éstas constituyen el aseguramiento de los efectos de la sentencia, es decir, la cautela personal, en el proceso civil, es la excepción, mientras que la patrimonial predomina en este tipo de procesos.

Es por ello que la cautela personal no puede estar montada sobre todas y cada una de los supuestos que informan la cautela patrimonial y el fundamento del embargo sea el mismo de la separación provisional de cónyuges por las razones expuestas con anterioridad.

No es el periculum in mora, el fundamento de la cautela personal; ya que no se decreta la separación provisional o la interdicción provisoria etc., por la demora en el trámite del proceso y que con tal tardanza no se va poder ejecutar la sentencia o por lo menos se pone en peligro su ejecución, sino que, la urgencia y necesidad de cada una de estas cautelas, lo constituye el peligro de daño, (periculum in damni), es decir, que por el paso del tiempo lo que se corre es el peligro de daño inmediato una vez sea demandado el proceso principal (por ejemplo, separación provisional de cónyuges); consiste este en la imposibilidad de uno de los cónyuges de asistir normalmente al proceso; a los maltratamientos que pueda ocasionar un cónyuge al otro una vez se

entere de la demanda; en otro caso (interdicción provisoria); el peligro de daño lo crea el interdicto, bien frente a su patrimonio o bien frente a su integridad física si esperamos a que el proceso termine con la sentencia.

El profesor FRANCISCO MENDEZ RAMOS (9) coloca como presupuesto de la cautela personal el " periculum in mora ", pero como lo advertimos, no es por la tardanza del proceso a que se ve abocada la cautela personal sino por el peligro de daño. " Periculum in mora : La innevitable duración del proceso, con los inconvenientes que de ella se derivan, justifican la propia existencia de las medidas cautelares. Sin embargo no pueden conjugarse aquí tampoco los criterios que rigen para los procesos patrimoniales. En el caso que nos ocupa, el peligro de retardo, revestido de una inevitable e importante carga sociológica se funda en la propia naturaleza del proceso de estado del que puede resultar la separación personal de los cónyuges: Consiste ya en la necesidad de facilitar a la mujer de la preparación de la demanda de nulidad o separación , ya en la obvia necesidad de regular provisionalmente la separación como cautela para el mejor desarrollo del proceso. Esto es, el camino procesal que conduce o puede conducir a la separación personal de los cónyuges tiene su desarrollo en tres etapas sucesivas: la fase preliminar de la separación, la separación durante el procedimiento y la situación de separación declarada. El retardo del propio proceso de separación que comienza en la primera fase justifica cumplidamente la adopción de la medida cautelar hasta el momento en que realmente existe la separación" (10).

Como lo advertimos al iniciar esta parte, no podemos confundir el daño genérico con el daño específico ya que el daño genérico es contrarrestado con la tutela ordinaria (proceso principal) y el daño específico, inmediato, con la tutela cautelar.

IV TIPOS DE PROCESO CAUTELARES PERSONALES

Tomando como base la organización sistemática del derecho civil hemos dado la siguiente clasificación de proceso cautelares personales a fin de darle cobertura a todas las posibilidades.

- (1) SERRA DOMINGUEZ, Manuel. ob. cit. p. 128
- (2) GOMEZ MONTES. José L. Las medidas Cautelares Personales en Nuestro Ordenamiento. Pamplona. Eunsa. 1974. p. 157, 158.
- (3) Ver, Cita 15 SERRA DOMINGUEZ, Manuel. ob. cit. p. 127. " Con diversas precisiones vid. PRIETO CASTRO, Derecho Procesal, cit. II, p. 606, GUASP, Derecho Procesal..., cit. II. p. 964. HERCE QUEMADA, El Proceso Cautelar RDProc, 1966, IV. p.19, DE LA PLAZA. Derecho Procesal, cit. II p. 59, RODRIGUEZ VALCARCE, Comentario a sentencia. RDProc., 1952, p. 444. LUIS Y NAVAS, Medidas provisionales en relación con la mujer casada, Barcelona 1962, pp. 18-19, con algunas precisiones SAEZ JIMENEZ-LOPEZ FERNANDEZ DE GAMBOA, Compendio de Derecho procesal civil y penal, Madrid 1963, II, 2a. o. 789. GARCIA CANTERO, El vínculo de matrimonio civil en el derecho español, Roma-Madrid, 1959, pp. 237 y 276.
- (4) SERRA DOMINGUEZ, Manuel. RAMOS MENDEZ, Francisco ob. cit.
- (5) RAMOS MENDEZ, Francisco. Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil. Barcelona. 1974. p. 130. " En los procesos de nulidad de matrimonio civil la sentencia que se dicte no siempre es constitutiva, pero en los casos en que así sea sus efectos se producen ex tunc. La separación provisional, previa o simultánea a la interposición de la demanda tiene naturaleza cautelar, prefigurando en cierto modo la situación que ha de producirse en el caso de estimarse la demanda. Nada obsta a ello que los efectos de la sentencia operen ex tunc, coincidiendo o superponiéndose en la práctica a los de la medida cautelar, porque en todo caso ésta cumple a los de la medida cautelar, porque en todo caso ésta cumple su finalidad durante la pendencia del proceso y hasta el momento de la sentencia, momento en que cesa su existencia.
- (6) Ibidem, "En los procesos civiles de separación personal de los cónyuges la sentencia que les pone fin es constitutiva, produciéndose sus efectos ex tunc. También en este caso la separación provisional de los cónyuges es una medida cautelar, específica en relación con los efectos propios de la acción del estado. La sentencia elevada a definitiva la separación que hasta entonces era una situación interina acordada para facilitar el desarrollo del proceso ".

- (7) Ibidem. " En los procesos canónicos de nulidad y separación matrimoniales la separación provisional de los cónyuges constituye también una medida cautelar, aunque ello pueda aparecer dudoso. Debido al particular régimen concordatorio español, la jurisdicción civil goza de absoluta y exclusiva competencia en orden a la ejecución de las sentencias y demás resoluciones firmes dictadas por la jurisdicción eclesiástica en las causas matrimoniales (art. 82 C.C.). Consiguientemente le corresponde adoptar también las medidas provisionales (art. 81 C.C.) que se preordenan a la ejecución si bien aparecen subordinadas instrumentalmente al proceso canónico."
- (8) GUASP DELGADO, Jaime. ob. cit. o. 705 " Teóricamente aquí cabría incluir pues, en primer término, medidas de ejecución personal, tanto medidas de ejecución personal directa, que recaen materialmente sobre la persona del supuesto obligado y que habría de designar con el nombre de constricciones; v.g.: la prisión, como indirectas, no haya materiales, sino psicológicas, que no recaen sobre el cuerpo, sino sobre el ánimo del presunto obligado, lo que habría de designar con el nombre de astricciones; verbigracia; la imposición de una situación notoriamente desfavorable, verdaderas penas pecuniarias, para el caso de que no se haga o se haga la conducta que en cada caso se asegura. "
- (9) RAMOS MENDEZ, Francisco. ob. cit. p. 135
- (10) SERRA DOMINGUEZ, Manuel. ob. cit. p. 134-135. " Periculum in mora : La inevitable duración del proceso, con los inconvenientes que de ella se derivan, justifica la propia existencia de las medidas cautelares. Sin embargo no puede conjugarse aquí tampoco los criterios que rigen para los procesos patrimoniales. En el caso que nos ocupa, el peligro de retardo revestido de una inevitable e importante carga sociológica, se funda en la propia naturaleza del proceso de estado del que puede resultar la separación personal de los cónyuges. Consiste ya en la necesidad de facilitar a la mujer la preparación de la demanda de nulidad o separación, ya en la obvia necesidad de regular provisionalmente la separación, como cautela para el mejor desarrollo del proceso. Esto es, el camino procesal que conduce o puede conducir a la separación personal de los cónyuges tiene su desarrollo en tres etapas sucesivas. La fase preliminar de la separación, la separación durante el procedimiento y la situación de separación declarada. El retardo del propio proceso de separación que comienza en la primera fase justifica cumplidamente la adopción de la medida cautelar hasta el momento en que realmente existe la separación ".
-

POR EL DERECHO DE PERSONAS

6

LA INTERDICCION PROVISORIA

I. CONCEPTO DE INTERDICCION PROVISORIA

El Código Civil de la nación, sancionado el 26 de Mayo de 1873 y adoptado por la Ley 57 de 1887, dispuso en su artículo 535 : " Mientras se decide la causa, podrá el juez o prefecto, a virtud de los informes verbales de los parientes o de otras personas, y oídas las explicaciones del supuesto disipador, decreta la interdicción provisoria ", con esta norma se consagró en nuestro medio desde dicha época la interdicción provisoria del interdicto por disipación; se dice que sólo se consagró para esta clase de incapaces toda vez que el artículo mencionado hace parte del título 27 del libro primero titulado " Reglas especiales relativas a la curaduría del disipador ", y de la misma manera el artículo 1366 del Código Judicial de 1873, disponía " Mientras se decide la causa de interdicción podrá el juez, a solicitud del demandante, atendidos los informes de los parientes o de otras personas, y oído el supuesto disipador, decretar la interdicción provisoria, cuyo decreto se sustanciará como una articulación común (artículos 668 y 669), y no será apelable sino en el efecto devolutivo ", es decir, solo se referian a esta clase de interdictos.

Al llegar la Ley 105 de 1931 (Código Judicial) y estando vigente aún el artículo 535 del C.C. esta clase de interdicción provisoria fue ampliada a

la interdicción del demente o del sordomudo, toda vez, que el artículo 819 de este código disponía : " La interdicción provisional que autoriza el Código Civil, se decreta mediante una articulación y puede levantarse en la misma forma. El fallo es revisable dentro del juicio si varían las circunstancias que lo motivaron "; es decir, se mantenía más o menos lo dispuesto en el Código Judicial de 1873, pero en su artículo 822 se consagraba: " A la interdicción provisoria del demente o el sordomudo le es aplicable el artículo 792 "; esto es, se ampliaba esta cautela de la manera antes expuesta y con una sumisión especial al artículo 792 del mismo Código, el cual estaba destinado a las " Medidas Preventivas " para el proceso de nulidad del Matrimonio Civil y Divorcio.

Con el mismo artículo 535 del C.C. vigente en nuestra época, el Código de Procedimiento Civil de 1970, (decreto 1400) en su artículo 427 inciso segundo, reglamentó de la siguiente manera la figura : " ... En la demanda podrá pedirse la interdicción provisoria que autoriza el Código Civil, cuestión que se decidirá mediante incidente con independencia del curso del proceso ... " y de otro lado se estableció, para la interdicción por demencia y por sordomudez en el artículo 659 en los numerales 6o. y 7o. : ... 6o. En el curso de la primera instancia se podrá decretar la interdicción provisoria del demandante o del sordomudo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 549 del Código Civil, teniendo en cuenta el certificado médico acompañado a la demanda. En el auto que decreta esta medida se designará el curador provisorio. También se podrá decretar las medidas de protección personal del paciente que el juez considere necesarias. Los autos a que se refiere el presente numeral son apelables en el efecto devolutivo si en ellos se accede a tales medidas, y en el diferido si las niegan (354 ords. 2 y 31). 7o.- Los decretos de interdicción provisoria y definitiva deberán inscribirse en el registro civil y notificarse al público por aviso que se insertará una vez por lo menos en el

Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, señalado por el juez ". Así las cosas, nuestra legislación la ha consagrado prácticamente de la misma manera desde los primeros códigos de la unión colombiana.

Debemos demostrar la naturaleza cautelar, en el capítulo destinado a ello, y por ahora decimos que la interdicción provisoria " es aquel proceso cautelar de tipo personal con el cual se anticipan los efectos de la sentencia definitiva."

II. NATURALEZA JURIDICA DE INTERDICCION PROVISORIA

A) ES UN PROCESO CAUTELAR

La interdicción provisional constituye un proceso cautelar en que se realizan todos los actos establecidos para el proceso cautelar general : Acción Cautelar; Pretensión Cautelar; Decisión Cautelar y Ejecución Cautelar. Su naturaleza cautelar deriva de la comparecencia de las notas características establecidas para el proceso general. La Instrumentalidad. La interdicción provisoria tiene un carácter de instrumento de la sentencia, es decir, tiene puesta la mira en la interdicción definitiva que ha de decretarse en el proceso. Allí la sentencia recoge lo realizado por la interdicción provisoria y la moldea y adecúa a una situación un tanto más estable y duradera; quiere decir esto, que la interdicción provisoria estará al servicio de la definitiva y ésta no podrá concebirse autónomamente o separada del proceso principal; la interdicción será provisional tanto en su contenido como en su vigencia en el tiempo, ya que esta podrá desaparecer antes de la sentencia pero no ir más allá de ella. Por ejemplo, no desaparece sino que se transforma en definitiva por la fuerza que despliega la sentencia. La Mutabilidad, debido a su carácter provisional la cautela de interdicción provisoria será cambiante, o sea que puede modificarse con el paso del tiempo. Esta cautela puede variar cuando varían sustancial -

mente las situaciones materiales que la motivaron como se dijo en la parte general,"en cuanto se allene el estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adopta " (1).

Como, lo hicimos en la parte general pensamos que este es el cuadro de notas peculiares de un proceso cautelar, y si todas ellas comparecen como acabamos de demostrarlo ¿ Qué duda existe en la naturaleza cautelar de la interdicción provisoria del disipador, demandante o sordomudo ?.

B) ANTICIPA EFECTOS QUE HA DE PRODUCIR LA SENTENCIA.

Como lo hemos venido sosteniendo no sólo la interdicción provisional pretende la efectividad de la sentencia. ¿ Por qué se duda que declarada definitivamente la interdicción no podamos dar cumplimiento a aquella ? No, pues va a producir los efectos que la sentencia produciría si ya esta se hubiere dictado. " Según la opinión más extendida, la sentencia que pone término al juicio de incapacidad tiene naturaleza constitutiva, en el sentido tradicional del término. En consecuencia la incapacidad sólo existe a partir del momento de la sentencia. GOMEZ ORBANEJA explica esta naturaleza constitutiva " porque aunque declare un hecho ya existe, la enfermedad o incapacidad natural, le da por primera vez una significación jurídica, quitando o mermando la capacidad de obrar adquirida de derecho al cesar la menor edad y creando el presupuesto legal para el nombramiento del tutor". Y en la misma opinión insiste GUASP: El proceso de incapacidad " es un proceso constitutivo, porque en él no se constata una situación jurídica material preexistente, sino que se crea de nuevo, ya que el incapaz sólo lo es a partir de la resolución en que así se proclama, sin perjuicio de que, en otros procesos, pueden impugnarse actividades particulares en atención a fundamentos jurídicos afines " Por mi parte estimo que no sería aventurado revisar más detenidamente

tal postura doctrinal, cosa que excede las intenciones de este estudio. Motivos, como los que dan lugar a las incapacidades naturales que además admiten graduaciones, según los constantes avances de la ciencia médica, preexisten de suyo a la sentencia de incapacidad. Me parece que, hablando en términos clásicos de sentencia declarativas y constitutivas, en estos casos estamos mucho más próximos de las primeras que de las segundas " (2).

Así las cosas, la interdicción definitiva va a tener un valor probatorio en las negociaciones o actos que realice el incapaz; por lo tanto, la ley presume de pleno derecho la nulidad de los actos realizados por este con posterioridad a la interdicción, esta presunción está consagrada en el artículo 553 del C.C., que dispone : " Los actos y contratos del demente, posteriores al decreto de interdicción, serán nulos; aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en intervalo lúcido. Y por el contrario, los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción, serán válidos; a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente ". " Constituye una tesis absolutamente peregrina la de que habiéndose probado solamente la demancia pero no el conocimiento que de esta tuviera el demandado al contratar, la nulidad que así se funde ni puede perjudicar al contratante demandante ni perjudicar al contratante demandado. Visiblemente equivocado y sin respaldo es esta teoría en relación con la incapacidad absoluta de que adolecen algunas personas que por causas naturales carecen de voluntad o no pueden expresarla debidamente. Esta incapacidad, que esteriliza jurídicamente a quienes la sufren hasta el extremo de no poder producir siquiera obligaciones naturales es la llamada por los autores incapacidad natural, porque proviene de causas físicas que desquician al consentimiento o impiden presar la voluntad, y que la ley se limita a reconocer en sus ordenamientos. Es la falta de este elemento esencial de la voluntad lo que le dá base jurídica a la incapacidad de

de contratar, y bien se ve por la naturaleza de sus causas, que ella exista y opera por sí sola, esterilizando la fuente, sin que nada tenga que ver al efecto el conocimiento que de ella tenga la persona que contrata con el absolutamente incapaz. El solo hecho de la demencia basta para que el individuo afectado se considere absolutamente incapaz para contratar, con todas sus consecuencias legales, y no es necesario que se encuentre sometido a la interdicción ni recluso en casa de locos a diferencia de lo que acontece con la incapacidad fundada en prodigalidad, que la ley reduce al prodigio interdicto " (3) ¿ En -
 entonces qué valor tendrá la interdicción provisoria respecto de la sentencia definitiva ? (4) Pues la conclusión no se hace esperar. El mismo valor probatorio que produciría la sentencia si ésta ya se hubiese dictado; es decir, a partir de la interdicción provisoria se debe, presumir de pleno derecho la nulidad de los actos realizados por el interdicto con posterioridad a su decreto provisional, siempre y cuando la sentencia declare la interdicción definitiva; porque si esto no sucede, la cautela no surtirá ningún efecto y se entenderá que la interdicción provisoria no se produjo; en tal evento estará el supuesto interdicto amparado por la presunción de capacidad. " Como el contratante que se afirma celebró el negocio sin estar en pleno uso y goce de sus facultades mentales, motivo por el cual se demanda la nulidad del acto, no estaba en el momento de realizar el negocio, declarado en interdicción judicial, en el exámen de la cuestión ha de partirse de la base de la presunción de capacidad para contratar, ya que según el art. 1503 del C.C., toda persona lo es legalmente, excepto aquellas que la ley declare incapaces " (5).

III. REQUISITOS DE LA INTERDICCION PROVISORIA

A) SUBJETIVOS

En cuanto al órgano judicial al igual que el proceso cautelar general y el proceso principal deberán concurrir los requisitos de jurisdicción, com-

petencia y compatibilidad estudiados anteriormente.

Como la interdicción provisional puede darse en tres clases de procesos : interdicción del disipador, interdicción por demencia, interdicción por sordomudez, es necesario establecer que quien pueda pedir cada una de estas interdicciones también podrá solicitar la interdicción provisoria, incluso el mismo juez cuando de oficio inicia el proceso de interdicción del demente furioso, o cuando éste cause graves incomodidades a los habitantes del lugar, ya que si el juez puede promover la interdicción definitiva no hay obstáculo para que de oficio promueva la interdicción provisoria.

B) OBJETIVOS

Al igual que el proceso cautelar general, se deberán aquí reunir los requisitos de posibilidad, idoneidad y causa, pero debemos hacer algunos comentarios en cuanto al Fumus Boni Iuris; a la taxatividad y a la homogeneidad.

a) Fumus Boni Iuris (Apariencia de derecho). Para que el juez decrete la interdicción provisoria debe existir por lo menos una prueba sobre la cual efectúe un estudio somero y que lo lleve a la conclusión del posible estado de enfermedad de la persona que ha de soportar la cautela; este documento no es otro que el certificado expedido por un médico, ya que chocaría contra la lógica pretender decretar interdicciones sin que por lo menos el juez efectúe el juicio de probabilidad o verosimilitud de los hechos alegados. Del certificado del médico no se desprenderá una apariencia de derecho a favor del demandante como se estableció para el proceso cautelar en general, sino una apariencia de enfermedad en la persona que ha de soportar la cautela, y será aparente en la medida en que hay que probarla plenamente durante el proceso, tal estado.

b) Taxatividad. Esta cautela puede tomarse en tres clases de procesos de interdicción así : Interdicción del Disipador, consagrada como provisoria en los artículos 536 del C. Civil y en el artículo 427 inciso 2o., del Código de Procedimiento Civil. Interdicción del Demente o Sordomudo, que se consagra en el artículo 659 numeral 6o. y 7o. del C.P.C.

c) Homogeneidad. Como lo hemos afirmado desde el proceso cautelar general, la homogeneidad, pero no identidad con la ejecución de la sentencia constituye un requisito objetivo; y existiendo discusión en la doctrina sobre el carácter cautelar de esta medida, nos parece importante pronunciarnos al respecto.

El efecto fundamental que producirá el proceso de interdicción será retirar al interdicto declarado, de la libre administración de sus bienes; así se deduce del artículo 531 del C.C. " A los que por pródigos o disipadores han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes, se dará curador legítimo, y a falta de este, curador dativo. Esta curaduría podrá ser testamentaria en el caso del artículo 540.", y así lo ha entendido la jurisprudencia. " La capacidad de ejercicio de una persona, según el artículo 1502 del Código Civil, es la facultad de obligarse el ministerio o autorización de otra. Dicha capacidad es la regla general, según el artículo 1503, de la cual están excluidos en forma absoluta los dementes, los impúberes y los sordomudos que, no puedan darse a entender por escrito, cuyos actos son absolutamente nulos, y no producen ni aún obligaciones naturales (artículo 1504 y 1741), y los relativamente incapaces en los términos del inciso tercero del citado artículo 1504 (artículo 60 D.E. 2820 de 1974). El artículo 553 del Código Civil consagra dos presunciones, una de derecho en su primer inciso, en lo tocante con la incapacidad para contratar por sí mismos que afecta al demente que ha sido declarado en interdicción judicial, mientras ella esté vigente, y otra simplemente legal, corroborante de la de carácter general que establece el citado

artículo 1503 para todas las personas mayores de edad.

"Los efectos probatorios de toda presunción no son otros que los de producir convicción en el juez acerca del hecho presumido, sobre la base indispensable de que el presupuesto fáctico en que tal presunción se apoya esté plenamente acreditado (art. 176 del código de procedimiento civil). La presunción es, pues, plena prueba de aquel hecho, sin que sea necesario corroborarla o reforzarla con otros medios de convicción. Presunción de derecho de incapacidad del interdicto. Es de anotar que la presunción de incapacidad del interdicto por demencia es absoluta, porque el mencionado artículo 553 establece que serán nulos los contratos que celebren " aunque aleguen haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido ". De esta suerte, para declarar la nulidad de todo acto o contrato celebrado por un interdicto por demencia, basta acreditar con anterioridad se había declarado la interdicción, no es necesario, pues demostrar que estaba entonces demente " (6).

Veamos entonces cuál sería el efecto que produciría una interdicción provisoria: no queda la menor duda que será el retiro " provisional " del interdicto de la administración de sus bienes quedando afectado la nulidad los actos, o contratos efectuados por éste, ello se desprende del artículo 553 del C.C. " Los actos y contratos del demente, posteriores al decreto de interdicción serán nulos; aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido. Y por el contrario los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción, serán válidos; a menos que probarse que él que los ejecutó o celebró estaba entonces demente ".

De otro lado, al decretarse, la interdicción judicial, se destruye la presunción de capacidad en el interdicto; ya que si no se ha producido tal de-

claración esa persona gozará de la presunción de capacidad : " Presunción legal de capacidad del no interdicto. En cambio, la presunción de capacidad es legal, porque el citado artículo 553, en su segundo inciso, admite desvirtuarla si se demuestra que la persona que celebró o ejecutó el acto o contrato " estaba entonces demente ". Por consiguiente, las actuaciones en la vida civil de las personas legalmente capaces que no han sido declarados en interdicción judicial por insanidad de juicio, están amparadas por la referida presunción legal de capacidad y en tal virtud son válidos, mientras no se declaren judicialmente lo contrario, para este efecto será necesario la plena prueba de que la persona que los celebró padecía " entonces una grave anomalía psíquica. Cuando la presunción es legal, como se dijo y según lo dispone el artículo 56 del código civil puede ser desvirtuada si se acredita plenamente el hecho contrario al que el legislador tiene por cierto con apoyo en los antecedentes o circunstancias que la configuran. Tal ocurre en el caso previsto por la norma legal la que acaba de citarse, o sea, en cuanto a los actos o contratos provenientes de quien sufre de grave anomalía psíquica sin haber sido declarado previamente en interdicción judicial por ese motivo, respecto de lo cual se ha expresado la Corte en los siguientes términos : 1. Cuando una persona no está ni ha estado en interdicción por causa de demencia, no puede ser declarado nulos los contratos por ella celebrados, mediante la simple prueba de que tal persona ha adolecido de una sicosis, es necesario que se aduzca una doble prueba a saber: " que ha habido una ' perturbación patológica de la actividad psíquica que suprime la libre determinación de la voluntad', según la terminología muy técnica del código alemán, o que excluya la ' capacidad de obra razonablemente ', como lo dice el código suizo y que esa perturbación patológica de la actividad psíquica fue conocimiento a la celebración del contrato. 2. Por lo que atañe a la primera de las pruebas iniciadas, debe observarse que es necesaria porque no toda psicosis acarrea por sí misma la incapacidad civil. Lo que interesa, desde el

punto de vista jurídico, no es saber si el contratante adolecía de una enfermedad mental cualquiera, sino averiguar si el desarreglo de sus facultades psíquicas, por su gravedad, impidió que hubiera un consentimiento susceptible de ser tomado en cuenta como factor determinante del respectivo acto jurídico " (7)

Así las cosas, la interdicción provisoria también implica una presunción de incapacidad que desvirtúa la presunción de capacidad, claro está, con un carácter provisional hasta que no sea ratificada por la sentencia.

De lo anterior se deduce un claro paralelismo y coincidencia de efectos de la interdicción definitiva y la provisoria, es decir, está asegurando la provisoria los efectos anticipadamente de lo que ha de producir en el futuro la definitiva; por lo tanto, no consideramos correcto excluir del cuadro de los procesos cautelares personales la interdicción provisoria ni negarle su carácter cautelar argumentando que no comparece el " requisito " homogeneidad pero no identidad con la ejecución.

C) DE LA ACTIVIDAD

La cautela de interdicción provisoria seguirá las reglas generales del proceso cautelar: lugar y forma a las cuales remitimos. Respecto del tiempo existe unas variantes en cuanto que la interdicción provisoria del disipador se debe pedir en la demanda únicamente, ello se deduce del artículo 427 del C.P.C., inciso 2o.. " En la demanda podrá pedirse la interdicción provisional que autoriza el código civil, cuestión que se decidirá mediante incidente con independencia del curso del proceso ", respecto de la interdicción provisoria del demente o sordo mudo ésta puede solicitar y decretarse durante el curso de la primera instancia, es decir, hasta antes de dictarse la respectiva sentencia, (artículo 659 numeral 6o., del C.P.C.).

IV. PROCEDIMIENTO DE LA INTERDICCION PROVISORIA

A) NACIMIENTO

La interdicción provisional surge de la petición que se le formula al juez sin que la ley exija ninguna formalidad especial, por lo tanto, la interdicción provisoria del disipador se podrá efectuar a manera de " petición especial " en el cuerpo de la demanda; en el caso de demencia o sordomudez, esta puede ser formulada en la demanda o sea en escrito separado hasta antes de la sentencia de la primera instancia.

Consideramos también que es un anexo específico de las tres interdicciones provisionales, el certificado médico sobre el estado del presunto interdicto expedido bajo la gravedad del juramento, de donde resulta la necesidad y urgencia de la cautela, ya que el juez debe tener como mínimo una prueba para decretarla, además constituye un anexo específico del proceso de interdicción para iniciarse su trámite (artículo 659 numeral 1o., del C.P.C.).

B) DESARROLLO

a) Práctica. La interdicción provisoria en sus tres modalidades, se practica de dos formas a un mismo tiempo por anotación y por notificación, con la obligación del cumplimiento en ambas forma de ejecución.

1. Por anotación. La interadicción provisoria deberá anotarse en el registro civil de nacimiento que corresponde a la persona declarada provisionalmente interdicta, para lo cual deberá oficiársele al notario o alcalda respectivo. De otro lado, se anotará también dicha interdicción provisoria en la oficina de registro de instrumentos públicos correspondiente, en donde el interdicto tenga bienes raíces (artículo 659 numeral 7o. y 536 del C.C.).

Nos parece que para este caso, no solamente la anotación de la interdicción provisoria deberá efectuarse en la oficina de registro de inmuebles ; además, si el interdicto posee bienes muebles sujetos al registro también allí deberá efectuarse la anotación (oficina de registro de automotores, capitanías de puertos, de registros de aeronaves etc.) porque su patrimonio no necesariamente debe estar integrado por bienes inmuebles. Por otra parte, es necesario darle al artículo 636 del código civil una interpretación acorde con nuestra época, ya que el texto fue dictado en 1887 y anteriormente no existía otro registro que el de inmuebles; así donde se dice " oficina de registro de instrumentos públicos " debe decirse " oficina de registro " simplemente, ya que hoy existen otros.

2. Por notificación. De otro lado, además de la anterior anotación deberá modificarse la decisión al público en general en dos formas : por inserción de la providencia de la interdicción provisoria en el Diario Oficial, por una vez; y por publicaciones en un periódico de amplia circulación nacional, (art. 659 numeral 7; 536 del C.C.) ello con el objeto de que toda persona pueda enterarse del estado en que se encuentra la persona y se abstenga de negociar con ella.

Estas distintas pero simultáneas formas de ejecutar la interdicción provisoria deberán cumplirse al pié de la letra como lo manda la ley, si falta algunas de estas formas o una de ellas es defectuosa pensamos que no desvirtúa la presunción de capacidad y no podrá alegarse la presunción de incapacidad .

b) Contradicción. Para ejecutar la providencia de interdicción provisoria no será necesario que esté ejecutoriada. Bastará que haya sido notificada al peticionario y podrá ser recurrida con reposición y con apelación (art. 659 numeral 6, inciso 4).

C) TERMINACION

a) Terminación normal. La interdicción provisoria en los casos mencionados terminará normalmente con la sentencia que decreta la interdicción definitiva y sigue las reglas generales.

b) Terminación anormal. En principio son aplicables todas las formas de terminación anormal del proceso cautelar a la interdicción provisoria, excepto por terminación anormal del proceso principal. Como hemos establecido, el proceso principal no puede terminar por desistimiento, transacción o perención, ni por inactividad del demandante, esto es : a) Desistimiento y Transacción. La interdicción provisoria, no puede terminar pues los derechos que se discuten en el proceso ni están en disposición de las partes ni son negociables. b) Por perención. La interdicción del demente o sordomudo constituye un proceso de jurisdicción voluntaria, consagrada en el artículo 649 numeral 7 del C.P.C., y el artículo 346 inciso 5 del mismo código prohíbe tal declaratoria de perención para los procesos de jurisdicción voluntaria. c) Por inactividad del demandante. Tampoco a esta cautela le es aplicable el artículo 346 inciso 5 en su parte final, es decir, que cuando no se puede pedir la perención y se dan los supuestos de ésta (permanecer por más de seis meses el expediente en la secretaría sin actuación) se puede pedir el levantamiento de las cautelas, pues el artículo sólo se requirió al levantamiento de embargos en los procesos de ejecución, y con esto sobran razonamientos.

Lo anterior se aplica al desistimiento del proceso cautelar y por vencimiento de términos; por lo tanto, podrá obtenerse levantamiento de la interdicción provisoria cuando la sentencia definitiva niega la interdicción; cuando hay revocatoria del acto admisorio de la demanda, y por sentencia inhibitoria.

Esto implica que cuando se levanta la interdicción provisoria por estos motivos se considera como si la persona nunca hubiere estado bajo interdicción. Se podrá rehabilitar al interdicto pero la interdicción que se va a levantar no será la provisoria sino la definitiva, y regresará a su estado de capacidad desde el rehabilitamiento.

V. EFECTOS DE LA INTERDICCIÓN PROVISORIA

Los efectos tanto jurídico-materiales como procesales sigue las reglas del proceso cautelar general y sólo hacemos referencia a los jurídicos materiales.

A) DIRECTOS

Constituyen efectos directos del proceso cautelar las incidencias inmediatas en el mundo material y para el caso de la interdicción provisional lo será el retiro del interdicto de la administración de sus bienes, eliminación de la presunción de capacidad y la implantación de la presunción de incapacidad.

Al respecto ver jurisprudencia transcrita en el aparte relativo a la homogeneidad de esta cautela: asimismo: " cuando en tales procesos se decreta la interdicción por demencia, queda desvirtuada con carácter general y absoluto, para el futuro, la preindicada presunción de capacidad y reemplaza por una presunción de incapacidad, según lo dispone el primer inciso del artículo 553 del código civil.

"Esta última presunción conservará su vigencia hasta que se haya registrado la providencia que decreta la rehabilitación judicial del interdicto (art. 556 código civil), y mientras tanto, como atrás dijo, todos los actos jurídicos que realice en ese intervalo, como proveniente de una absolutamente incapaz

estarán viciados de nulidad absoluta, aunque aleguen habersen ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido . Es, pues una presunción de derecho como atrás se dijo " (8).

B) INDIRECTOS

Como se establece para el proceso general, son innumerables los efectos que indirectamente o por vía refleja pueden producirse con la declaratoria de incapacidad provisoria del disipador; ataca los actos de disposición con nulidad relativa mientras que los otros casos con nulidad absoluta.

Es de anotar también que los efectos que se han de producir con la interdicción provisoria estarán en vigencia plenamente cuando es "ratificada" por la interdicción definitiva: por lo tanto, alguien que alegara una nulidad de un acto celebrado por el interdicto desde que estuvo en interdicción provisoria deberá acreditar también la interdicción definitiva, toda vez que si el proceso cautelar termina anormalmente esta no habrá surtido ningún efecto - veamos esta jurisprudencia : " no hay, pues, juicio pra obtener que una persona sea declarada en interdicción provisional por demencia. Tal situación, como de su propia naturaleza y denominación se desprende, es transitoria, interina, lograda en un incidente del juicio especial de interdicción, mientras se decide definitivamente si hay o no lugar a la declaración de entre dicho demandado; como lo establece inequívocamente el artículo 535 del C.C.. Una interdicción provisoria definitiva, es un disparate inaceptable, el derecho provisorio se dicta sobre la base de informaciones simplemente verbales que no tienen siquiera el mérito de prueba testimonial, a título mas bien de medida precautelativa, en todo caso, sin comprobación adecuada y legal de la demencia. Es la interdicción definitiva que se decreta en el fallo que finaliza el juicio especial, la que reposa y se funda sobre la demostración plena, sobre la base de peritazu

gos médicos, de la incapacidad probatoria completa que le atribuye el artículo 553 del C.C., al extremo de consagrar la nulidad absoluta de todos los actos y contratos ejecutados o celebrados con posterioridad a él, aunque se alegue haberse hecho en un intervalo lúcido. Concederle el mismo mérito probatorio al decreto provisorio que no ha alcanzado su confirmación total en el definitivo, equivaldría a decretar una nulidad sin prueba de la incapacidad en que se funda"(9).

—

CITAS 6

- (1) FAIREN GUILLEN, Víctor ob. cit. p. 903.
- (2) RAMOS MENDEZ, Francisco. La Anotación Preventiva de demanda. Barce
lona. Bosch. 1980. p. 73 .
- (3) Casación, 27 de Agosto de 1943, LVI 83.
- (4) MORALES MOLINA, Hernando. ob. cit. p. 419
- (5) Sentencia, 27 de Octubre de 1949, LXVI, 641
- (6) Casación Civil, 4 de Abril de 1936, XLIII, p. 799
- (7) Ibidem.
- (8) Sentencia 25 de Mayo de 1976.
- (9) Sentencia 7 de Noviembre de 1945. LXI, 770

POR EL DERECHO DE BIENES

7

SUSPENSION CAUTELAR DE OBRA NUEVA - DESTRUCCION CAUTELAR DE OBRA RUINOSA

I. CONCEPTO

Nos referimos a la suspensión provisional de la obra nueva mientras el proceso posesorio termina con sentencia; sus elementos serán estudiados en el punto referente a la naturaleza. " Aunque la acción de daño temido (*cautio damni infecti*) se presenta históricamente como una acción causi-posesoria, proveniente de las relaciones de vecindad, ha adquirido ahora, en el moderno derecho el carácter de una acción cautelar y las correspondientes providencias parece que deben ser consideradas como cautelares. En el derecho romano, si de un edificio próximo podía temerse un peligro para la cosa sobre la cual un sujeto tenía un derecho cualquiera, podrá dicho sujeto exigir que el dueño del edificio que amenaza ruina prestará caución a fin de prevenir el daño que podía seguirse de la caída del edificio (*cautio damni infecto*). Si el propietario del edificio se negaba a hacerlo, el magistrado autorizaba al solicitante para entrar en posesión del edificio (*missio in possessione, ex primo decreto*); y si este medio continuaba siendo infructuoso, el magistrado emitía un segundo decreto que transfería definitivamente el introducido en la propiedad todos los decretos que transfería definitivamente el introducido en la propiedad todos

los decretos que transfería definitivamente al introducido en la propiedad todos los derechos del vecino sobre el edificio que amenazaba ruina (cfr. HESSE, *die cautio damni infecti*, Gottingen 1833)" (1).

Como podemos observar los interdictos de obra nueva y obra ruinosa tienen su fuente en el derecho romano (2), como la mayoría del derecho colombiano y la figura nos llegó a través del derecho español " En el antiguo Derecho Español, las partidas, después de definir que es obra nueva añade que " Puede la vender o estoruar todo one que tenga que recibe tuerto por ella, Eso mismo puede fazer fijos, o sus sieruos, o sus personeros " (3.32.1). La prohibición puede hacerse directa y claramente, o por vía judicial: en principio más parece basada en el derecho subjetivo pleno que en la posesión : " que la non fagades en lo mio o en cosa que es contra mio derecho ", dice el denunciante. La acción completa al usufructuario, acreedor pigniraticio, feudatario o enfiteuta contra extraños: no contra el " señor del suelo " (3.32.4) Y compete asimismo al titular de servidumbres personales, y no de las prediales para la que no existen denuncia y que sólo pueden defenderse mediante acciones ordinarias dirigidas a que se deshaga la mala hecho o se indemnicen los daños.

"Las consecuencias de la prohibición son semejantes a las del Derecho Romano : " Tan gra fuera ha este vendamiento, quier se faga con derecho, o non, que si aquel ue faze la lauor fuere rebelde, non, que si aquel que fazr la lauor fuere rebelde, non queriendo dexar la labrar después que le fuere vedado, que todo lo que adelante labrase, que lo deue el judgador fazor derribar a su costa " (3.32.8).

"Hecha la prohibición y ante la demanda del denunciado, el juez debe tomar juramento al denunciante de " que este vendamiento non lo faze malicio-

samente, más porque cree que ha derecho de lo fazer ".

"Recibido el juramento, sigue el pleito, más si pasan tres meses sin fallarlo, (a contar de la denuncia) el juez debe (o puede : ello no está cla-
ro) autorizar la continuación de la obra previa prestación de suficiente fianza
(3.32.9) : antes, no está obligado el denunciante a recibirla) " (3).

Así las cosas encontramos con que los interdictos de obra nueva y obra
vieja fueron regulados en nuestro primer código judicial nacional (1872). A
partir de los artículos 1246 a 1267 bajo la nomenclatura de " denuncia de obra
nueva y denuncia de obra vieja " con un procedimiento bastante rápido pero sin
que se consagrara la suspensión provisional, " artículo 1246. el que se crea
perjudicado con la obra o construcción que otro hace, puede demandar la suspensión
de dicha obra en todo o en parte, ante el juez de lugar en que ella se es
tá haciendo. Artículo 1247. El demandante debe acompañar a su demanda la prueba
del perjuicio que sufre en su propiedad, y la de que esta le pertenece. Ar
tículo 1248. Propuesta así la demanda, el juez resolverá trasladarse inmedia-
tamente con su secretario y dos peritos, que el nombrará al lugar donde se
construye la obra, previa, citación del denunciante y del denunciado, señalándo
se en la resolución la hora en que habrá de practicarse la diligencia de inspección.
Artículo 1249. Si de las pruebas presentadas y de la exposición de
los peritos, que deberá inscribirse inmediatamente, resultare el perjuicio ale
gado por el denunciante el juez prevendrá en el mismo acto al denunciado o al
que haga sus veces en el lugar de la obra, o a los que los construyan, que di
cha obra debe suspenderse y demolerse, a costa del denunciado, lo que hubiere
construído, si estó no pudiere conservarse sin perjuicio del denunciante "
" Artículo 1257. Todo el que se crea amenazado de perjuicio en su edificio o
heredad por otro edificio u obra cualquiera que amenace ruina, puede pedir la
demolición de éste, o su reparación si fuere posible. Es juez competente para

oir estas demandas el del circuito, territorio o providencia donde estuviere si tuado el edificio de la obra que amenaza ruina " " Artículo 1258. Propuesta la demanda, que deberá serlo contra el dueño o el usufructuario del edificio u obra que amenaza ruina, el juez resolverá inmediatamente proceder a la inspección de dicho edificio u obra, con dos peritos que él nombrará en la misma resolución, y los cuales no podrán ser tachados. " " Artículo 1259. Sin más demora que la necesaria para la comparecencia y posesión de los peritos, y para la citación del demandante y del demandado, el juez se trasladará con aquellos, su secreta rio y las partes, si quisieren concurrir, al lugar donde éste esté situado el edificio en cuestión: allí practicará un detenido examen y oirá el concepto de los peritos, que se entenderá por escrito inmediatamente; y si de todo resulta re que dicho edificio u otra amenaza realmente cae y perjudica en su propiedad al querellante, el juez en el acto mismo, proveerá otro auto ordenando al querellado o demandado que proceda a la demolición del edificio u obra, o a su re paración, si ésta bastare para impedir el perjuicio ".

Vino luego la Ley 105 de 1931 y allí se consagraron las medidas y los juicios posesorios especiales en el título XXIX a partir del artículo 888 hasta el 892 más o menos con la misma redacción del código judicial anterior; JO SE ANTONIO ARCHILA comentaba " las disposiciones anteriores responden sustancialmente en su doctrina, a las de los artículos 911 a 919 del proyecto Arbeláez, acogidos por el Consejo de Estado en los aa. 1044 a 1047 del proyecto de esta corporación. En los juicios de que se trata se persigue también la manera de prevenir perjuicios o daños que puedan causarse a edificios o heredades y aun a sus moradores con obras del hombre o de la naturaleza, cosas de previsión social necesaria " (4) de otro lado así lo confirmaba la propia comisión redactora de la ley 103 así: " Bajo esta rúbrica, armónica con el Código Civil, la Ley 103 coloca las disposiciones que bajo las de denuncia de obra vieja con tiene el código vigente, salvo ligeras modificaciones en la redacción, hemos

dejado dichas disposiciones en la forma consagrada en la ley 103 (art. 888 a 892) " (5).

De otro lado, entre las modificaciones que se incluían estaba la del artículo 892 de dicho código que establecía: " El artículo 875 es aplicable a estos juicios" y por su parte ese artículo 875 establecía: " el juez puede, durante el juicio, tomar las medidas provisionales que sean necesarias, según la naturaleza del asunto ", es decir con esta redacción se dejó abierta la puerta para tomar cualquier medida que el juez considerara necesario, en cualquier momento.

Con el artículo 875 correspondía al articulado relativo a la servidumbre, LUIS FELIPE DE LA TORRE comentaba " El juez puede, antes del fallo, adoptar las medidas preventivas que estime necesarias (art. 875) Esta previsión responde a la necesidad de evitar perjuicios o daños ocasionados por situaciones de urgente solución, como en el ejemplo puesto atrás, de una cañería de desagüe obstruída que puede ser causada de una inundación y hasta de peligrosa insalubridad si son aguas negras las estancadas. En este caso, el juez puede ordenar que se suprima la obstrucción del desagüe y la servidumbre de aguas lluvias arrojadas sobre un predio por una acequia o albañal, si el juez ve que es inminente y grave el daño que esas aguas han de causar dejándolas correr por su cauce artificial, puede ordenar la clausura provisional de éste, mientras viene el fallo definitivo " (6). De otro lado, en lo relativo a las denuncias de obra nueva y vieja se decía que por el mismo autor " El art. 889 presta, en su primer inciso, atención preferencial el caso distinguido antes con la denominación de " obra nueva "; y en su segundo inciso, al llamado de " obra vieja ".

"El primero ocurre cuando alguien está levantando un edificio, muro u obra, en condiciones de perjuicio para el poseedor de un predio, con violación

de las normas que rigen la vencidad: desquiciamiento de muros o cimientos, mal uso de la medianería, tejas o ventanas contra la ley, etc. . El segundo, se presenta frecuentemente por vetustez de un edificio, amenaza de ruina por deterioro ocasionado por incendio, terremoto, inundación, etc., en forma que sea probable un derrumbamiento que cause daño a terceros. Como es fácil comprender, generalmente el peligro del siniestro en este caso es inminente, y si para conjurarlo no hubiera otro medio que el de la secuela del juicio con todas sus fórmulas y términos la decisión llegaría cuando el daño ya se hubiera consumado. A evitarlo en lo posible se enderezan las medidas de urgencia y adopción inmediata que autorizan los arts. 891 y 892. Es decir, que el juez debe proveer lo que sea del caso, apenas se preste la caución, que el demandante debe dar, de manera que el juez debe darle curso a la demanda el mismo día de su presentación y ese mismo día aceptar la caución si se ofrece, nombrar el perito, practicar la inspección judicial, aunque no se haya podido citar al demandado, y en el mismo acto de la diligencia resolver el asunto y hacer cumplir su decisión. Si se observa que el peligro no es inminente, se da cursos a la acción en la forma INDICADA AL PRINCIPIO. En este evento, si en la sentencia se ordena la destrucción o modificación de alguna cosa, se previene al demandado que cumpla el fallo dentro del término prudente que se le fije, advirtiéndole que si desobedece queda autorizado el demandante para proceder él directamente o mediante un tercero a costa del demandado, según el art. 1610 del C.C. (inc. 2o., art. 889 C.J.)" (7).

Al llegar el código de procedimiento civil actual (1970) se consagró en el artículo 430 los procesos posesorios especiales para referirse a los casos de prohibición de construcción de obra o ejecución de un hecho, destrucción o modificación de una cosa y demolición o reparación de edificio que amenaza ruina o derribo de árbol mal arraigado.

Allí se consagraron tres numerales y además con dos incisos finales, de los cuales el primero nos interesa y lo transcribimos: " formulada la solicitud, el juez procederá inmediatamente al reconocimiento respectivo acompañado de un perito, cuyo dictámen no será objetable; si del examen resulta un peligro inminente en la diligencia tomará las medidas que fueren del caso para conjugarlo. Efectuada la diligencia continuará el trámite del proceso ". Como podemos observar este inciso se refiere en su colocación únicamente al caso del tercer numeral que dice: " 3. Si la demanda se dirige a precaver el peligro que se tema de ruina de un edificio, un árbol mal arraigado u otra cosa semejante, el demandante podrá pedir, en cualquier estado del proceso, que se tomen las medidas de precaución que fueren necesarias ". Pero entonces nos preguntamos, si es posible aplicar este inciso a los casos consagrados en los tres numerales del 430; creemos que si, ya que no existe razón para que se piense de otra manera, pues los dos numerales iniciales solo se refieren al contenido y efectos posteriores a la sentencia definitiva, además refuerza esta posición al antecedente histórico del artículo 892 del C.J. de 1931. Con este mismo criterio se expresa el profesor HERNANDO MORALES MOLINA " Si el examen resulta un peligro inminente, a juicio del juez, este en la diligencia tomará las medidas que fueren del caso para conjurarlo, es decir, que las medidas cautelares solicitadas por el demandante solo son material de proveimiento de la diligencia, después de la inspección y de que el perito rinde un dictámen, del cual se deduzca dicho peligro. Tales medidas quedan a la discrecionalidad del juez y serán de orden material, como apuntalar una pared e inclusive derruirla, suspender una obra o parte de ella, cortar un árbol, destapar una cañería, etc. . Pasada la inspección continuará el trámite del proceso hasta dictar sentencia, así por vía de medida cautelar se haya obtenido la finalidad de la demanda " (8).

Por lo tanto podemos concluir que la suspensión cautelar de obra nueva y destrucción cautelar de obra ruinosa son aquellos procesos mediante los cua-

les se le prohíbe al demandado temporalmente la construcción de una obra; o sea le ordena ejecutar un hecho a fin de prevenir un daño, mientras el proceso principal produce su fallo definitivo.

II. NATURALEZA JURIDICA

A) ES UN PROCESO CAUTELAR

Es este uno de los puntos de mayor discusión doctrinaria (9) que se ha considerado entre los llamados interdictos de obra nueva y obra ruinosa como cautelares.

El primero de ellos, el profesor CARNELUTTI, observa en el proceso principal de interdicto de obra nueva o de obra ruinosa un proceso cautelar (en nuestro medio; procesos posesorios especiales, trámite abreviado art. 430 del C.P.C.), vinculando su provisionalidad e instrumentalidad a un eventual y ulterior proceso ordinario y declarativo (10).

Sin embargo CARNELUTTI corrigió su criterio o mejor lo aclaró en su obra " Instituciones " así : " Como entre el proceso contencioso y el proceso voluntario se insinúa el tertium genus del proceso penal, o entre el proceso cognitivo y el proceso ejecutivo el proceso de inyunción, así también existe una figura intermedia entre el proceso definitivo y el proceso cautelar: tal es el proceso posesorio, del cual en algunas elaboraciones anteriores yo señalé y destacué la analogía con el proceso cautelar, pero no supe precisar la diferencia. El carácter común entre el proceso cautelar y el proceso posesorio está en que tanto éste como aquel no son definitivos, en el sentido de que puede desplegarse después de ellos otro proceso (definitivo, tradicionalmente llamado petitorio; cfr. art. 704 y siguientes) para la composición de la misma litis: la identidad de la litis entre proceso posesorio y proceso petitorio es manifiesta; y es inconvertible que después de la composición en sede posesoria puede obtenerse la composición definitiva en sede petitoria. Los caracteres

así delineados del proceso posesorio se fundan sobre su función, la cual no es tá en la composición de la litis mediante la declaración o la constitución de certeza de una relación jurídica, sino mediante el ordenamiento de una situación de hecho: por eso el proceso posesorio no excluye, aunque tampoco implique, el proceso definitivo. A la luz de este criterio, el proceso de obra nue va o de daño temido, como expondremos en el punto siguiente, a diferencia de lo que hace el código (arts. 688 y siguientes) debe incluirse en el proceso po sesorio, no en el proceso cautelar " (11). Otro de los autores italianos que considera a la acción de daño temido como cautelar es UGO ROCCO; Veamos : "No hay duda, pues, a nuestro juicio, que la acción de daño temido, más que la acción posesoria o cuasi posesoria, debe considerarse como una acción cautelar, y las providencias correspondientes, aunque presenten cierta diferencia respec to de las providencias típicas de embargo, van dirigidas también a la conservaci ón del estado de hecho y de derecho real, y con un peligro que amenaza dichos intereses. A esta finalidad van dirigidas las providencias del juez, que no están, como en las acciones cautelares típicas (embargos), previamente deter minadas, sino que gozan de un amplio margen de discrecionalidad, ya en la apre ciación de las circunstancias que determinan el estado de peligro, ya en la adopción de las providencias que mejor responden a la finalidad, durante todo el tiempo que persista la incertidumbre de los intereses y la posibilidad del daño, como reiteradas veces lo hemos advertido " (12).

El profesor CAMELO DE DIEGO LORA se coloca en la misma posición afirmando: " Naturaleza de estas medidas previas. Cuando los autores se enfrentan con esta primera etapa del proceso, en la que no se viene a realizar otra cosa que la satisfacción inmediata de la pretensión del actor, distinguen, dentro de este interdicto, dos fases distintas: a esta primera la señalan una finali dad cautelar. ¿ Se trata efectivamente de una prevención o cautela, el orde-

nar, inmediatamente que se pide, la suspensión de la obra e incluso a percibir con su demolición de continuarse, cuando esto es precisamente lo que se pretende en la demanda ? Es decir, ¿ la satisfacción inmediata de la pretensión es una medida preventiva o aseguratoria ?. Siempre que observamos a la ley de Enjuiciamiento Civil utilizar el objetivo cautelar lo vamos aplicado a la adopción de medidas preventivas que sujetan ciertos bienes a las resultas del éxito de una pretensión, pero nunca hay prevención cuando se trata de satisfacer la pretensión misma y ejecutarla. En estos casos no se dispone de los bienes que aseguran, sólo se los sujeta con vistas a la posible futura ejecución. Lo anteriormente dicho ocurre en la prevención del abintestato (art. 959 y ss.), donde se toman una serie de medidas de garantía acerca de los bienes, poniéndolos en seguridad. Igual podemos decir cuando la ley habla de embargo preventivo, reducido, según el artículo 1409, si se trata de inmuebles, al envío de mandamiento por duplicado al Registrador de la propiedad para que extienda la anotación preventiva, y si se trata de muebles, dicha medida preventiva se refiere a la constitución en depósito de los referidos bienes. Ciertamente que el embargo preventivo no constituye un proceso de cognición ni de ejecución, y que en él no se pide más que establecer una caución o garantía consistente en la sujeción de determinados bienes con vistas a un proceso posterior. Pero si nos fijamos en el proceso ejecutivo, en el que también se toman medidas preventivas previas, vemos que en realidad no se llega a la satisfacción de la pretensión hasta la sentencia, una vez planteada la contención y citado de remate al demandado (art. 1459). Antes sólo es permitido tomar unas medidas cautelares análogos a las del embargo preventivo, pero distintas en absoluto de la satisfacción de la pretensión misma y su ejecución. En todo caso el apoderamiento previo de los bienes, primer paso para ejecutar sobre lo mismo, viene a ser como un adelantamiento de la necesaria y previa medida patrimonial, que haga luego posible la ejecución. Una facilitación, como la llama GUASP, de los efectos

del proceso. Por consiguiente, en nuestra opinión, no cabe hablar de fase cautelar del interdicto de obra nueva ". (13)

Considero que el problema se ha presentado por un mal planteamiento de las notas características frente al procedimiento.

Es indudable que esta clase de proceso en las distintas legislaciones tiene un procedimiento basado en la sumariedad y en la urgencia (14), es decir, sus términos son cortos y es necesario acelerarlo al máximo a fin de contrarrestar el peligro de daño. Creemos que identificar o por lo menos equiparar a esta clase de procesos (interdictos de obra nueva y ruinosa), con el proceso cautelar, es un error (15), como lo hemos establecido desde la parte general pues deberán concurrir las notas de instrumentalidad, provisionalidad, mutabilidad, para configurarla, y la primera de ellas no comparece; la sentencia dictada en dichos procesos no tiene una relación de instrumentalidad con otro proceso u otra sentencia, pues el fallo tomado en este proceso tiene su fin en sí mismo ; respecto de la provisionalidad tampoco como cautelar comparece, ya que la sentencia dictada en estos procesos posesorios especiales no está a la espera de otra sentencia que las ratifique. Creemos que este puede ser el error del profesor CAMELO DE DIEGO LORA, al vincular o pretender mostrar la instrumentalidad con miras a un proceso ordinario posterior (16).

Tampoco debemos caer en el supuesto de pensar de que estamos ante una simple ejecución anticipada o provisional de la sentencia (17), para que se hable de esta figura, ya que es necesario que la sentencia se dicte y no importa que sea recurrida y precisamente lo que estará esperando la suspensión de la obra nueva es que sea ratificada por la sentencia. Al respecto dice el profesor LEONARDO PRIETO CASTRO " finalidad del proceso es obtener primero su

marísimamente la suspensión inmediata o provisional de la obra, y después la suspensión definitiva, pero sin que esto afecte al derecho del demandado para la continuación de la obra ni el derecho del demandante para impedirla si la resolución le fuere adversa, pues la denuncia de obra nueva es una medida provisional para medir del lado del demandante que la continuación de la obra aumente el daño, y por lo que atañe el demandado, para disminuírle el perjuicio que se le produciría, si, llevando a cabo su obra después, en el juicio declaratorio plenario, se le negará el derecho y se le obligase a demoler o retirar la obra efectuada.

" Procedimiento del interdicto de obra nueva, suspensión y juicio. Hay que distinguir las diferentes fases. En la primera etapa se advierte claramente la finalidad cautelar del juicio " (18). De la misma forma se pronuncia el profesor VICENTE HERCE QUEMADA así: " Procedimiento. En el desarrollo del procedimiento cabe distinguir dos fases : sumarísima, encaminada a obtener la suspensión inmediata y provisional de la obra, y otra sumaria para lograr la suspensión definitiva.

" El procedimiento se inicia con la presentación de la demanda, redactada en la forma ordinaria, a la que se acompañará copia en papel común para entregarla al demandado en el acto a la citación. El juez dicta providencia acordando; si admite la demanda, que se requiere el dueño de la obra para que la suspenda en el estado en que se halle, bajo apercibimiento de demolición de lo que se edifique, y que se cite a los interesados a juicio verbal señalando para su celebración el día más próximo posible, pasados los tres días siguientes a la notificación de la providencia, previniendo a las partes que el acto del juicio deberán presentar los documentos en que intenten apoyar sus pretensiones (artículo 1663). Esta fase sumarísima tiene un evidente carácter

cautelar; el juez, sin audiencia del demandado, decreta la suspensión inmediata, y provisional de la obra, con la comunicación al dueño de la misma de demolición que en adelante se modifique " (19).

Pero entonces ¿Cuál es el proceso cautelar de suspensión de obra nueva y destrucción de obra ruinososa ? , este se configura cuando dentro del proceso posesorio puede cautelarmente decretarse la suspensión de la obra nueva o destrucción de la obra que amenaza ruina; esto es, se decide suspender una obra nueva desde el inicio del proceso y se espera a que ésta termine con su sentencia respectiva ratificando o alzando la suspensión; es decir, la suspensión puede ser cautelar cuando es tomada antes de la sentencia y será definitiva cuando la sentencia así lo decrete.

Por ello estamos de acuerdo con otro sector de la doctrina que niega el carácter cautelar al proceso posesorio, ya que éste tiene un carácter preventivo, genérico, y el peligro de daño genérico será contrarestado con la tutela ordinaria; es decir, el peligro específico inminente es contrarrestado con el proceso cautelar.

" El interdicto de obra ruinososa. Considerando igualmente proceso cautelar por parte de la doctrina le son aplicables las mismas consideraciones efectuadas a los interdictos posesorios, pues aun prescindiendo de su naturaleza jurisdiccional o administrativa, es lo cierto que no depende de ningún proceso ulterior ni asegura sus efectos, sino que los produce directamente e incluso hace innecesario un ulterior proceso por destrucción de obra ruinososa. Se confunde aquí la urgencia y sumariedad del interdicto de obra ruinososa, derivada del peligro de lesión jurídica, con la urgencia y sumariedad del procedimiento de medidas cautelares, derivadas de la misma esencia, de la misma cautelar creada

para evitar el peligro de demora del proceso " (20).

Esta clase de procesos cautelares pretenden inicialmente que el demandado suspenda la obra nueva que amenaza ruina; por lo tanto, la cautela recae sobre el demandado, sobre su persona respecto de su voluntad, a fin de que se abstenga de continuar con la obra nueva hasta tanto el proceso posesorio no termine o destruya o tome las medidas pertinentes para asegurar materialmente el edificio que amenaza ruina. Esto se desprende de la misma mecánica del proceso cautelar, es decir, se notifica tal decisión al demandado pero materialmente no se ejecuta ningún acto, sólo en el evento en que el demandado no cumpla con la orden del juez.

" La característica relevante y temible para el demandado del interdicto de obra nueva, es que se inicia por la suspensión automática y fulminante de la obra, acordada por el juez a instancia de una parte, y sin la audiencia de otra."

" Presentada la demanda del interdicto de obra nueva - dice el artículo 1663 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - dictará el juez providencia, acordando que se requiera al dueño de la obra para que la suspenda en el estado en que se halle, bajo aprecio de demolición de lo que se edifique "; " inmediatamente se hará el requerimiento al dueño de la obra, si en ella fuere hallado y en otro caso al director o encargado de la misma, para que en el acto suspenda los trabajos (artículo 1664, 1o.) quedando en la obra un alguacil hasta que se haya retirado los operarios. El fin del interdicto - dice DE DIEGO LORRA (II página 228) - se cumple en el primer momento procesal. La simple presentación de la demanda hace que se obtenga desde luego el fin que se pretende".

Se puede pensar en que estas cautelas podrían ser materiales y no personales, pero creemos que la cautela recae inmediatamente sobre la voluntad del demandado, a fin de que este haga o deje de hacer, y solamente la ejecución de esta orden tendrá contenido material, bien sea por el mismo demandado o cuando éste no cumple por un tercero autorizado por el juez.

B) RECAE SOBRE LA VOLUNTAD DEL DEMANDADO

III. REQUISITOS

A) SUBJETIVOS

Esta clase de cautelas solo puede decretarlas y ejecutarlas el juez que debe conocer del proceso posesorio, al parecer, por la naturaleza de la cautela. Creemos que no es posible que el juez comisione para la práctica de la inspección judicial porque es allí en donde se decretan las cautelas, y es de anotar también que estas cautelas no pueden ser decretadas de oficio; debe mediar la petición del demandante; los demás requisitos siguen las reglas generales.

B) OBJETIVOS

Respecto de la homogeneidad, estas cautelas la guardan perfectamente con lo que habrá de ejecutarse si la sentencia acoge las pretensiones de la demanda. De otro lado, estas medidas sólo es posible aplicarlas a los procesos posesorios especiales llamados por el Código Civil acciones posesorias especiales. (22).

De la misma manera, será necesario para decretarla una prueba especial y se trata del dictamen pericial que deberá producirse en la diligencia de inspección judicial que el juez debe decretar y practicar inmediatamente. Este dictamen pericial no es objetable inicialmente pero podrá atacarse en el trámite del proceso principal. Esto es, el juez no puede decretar estas cautelas

sin una prueba contundente pues esa es la intención del legislador al imponer la inmediación en esta cautela.

C) ACTIVIDAD

Respecto del lugar, tiempo y forma sigue las reglas generales.

IV PROCEDIMIENTO

A) NACIMIENTO

a) Petición. La cautela nace con la petición que le formulará al juez en el momento de presentarse la demanda o en una petición posterior hasta antes de dictarse la sentencia de primera instancia.

b) Auto que decreta la inspección judicial. Efectuada la petición de acuerdo con la formalidad de la ley, el juez debe decretar una diligencia de inspección judicial para efectuar un reconocimiento en el cual deberá producirse el dictámen pericial respectivo.

c) Auto que decreta la cautela. El auto puede ser dictado en la misma diligencia y el dictamen pericial es rendido en la misma, si los peritos requieren de un plazo para rendirlo el juez puede concederlo lo más corto posible y con lo que este contenga y lo visto por el juez en el lugar decretará o no la cautela. Como el juez goza de discrecionalidad en las medidas que ha de decretar, creemos que puede exigir una caución para garantizar los perjuicios al demandado si a este no le favorece la sentencia, ya que si la discrecionalidad es amplia no vemos cómo se puede argumentar lo contrario y además esta caución será muy saludable para el proceso en caso de perención. Además debe establecerse la caución en un texto legal para no tener que llegar a interpretaciones un tanto forzadas; de otro lado nos parece oportuno recordar que esta

caución la exigía la Ley 105 de 1931 expresamente en su artículo 891 que disponía: " No obstante lo dispuesto en los artículos que preceden, si la acción se dirige a precaver el peligro que se teme de la ruina de un edificio, de un árbol mal arraigado o de otra cosa semejante, y se presta por el actor caución de pagar todo perjuicio, el juez otorgada la caución, procede inmediatamente el examen necesario, previa citación del demandado, si se halla en el lugar, y con perito que el mismo juez nombre y que no es recusable. Si resulta peligro inminente, el juez resuelve en el acto de la diligencia; si no resulta, se dá curso a la acción como queda dispuesto en este título ". No sabemos cuál fue la razón del legislador de 1970 para no exigirla expresamente, pero hay que concluir, que en nuestro medio debe pedirse.

La pregunta también se la hace la doctrina española a faltade norma expresa y se pronuncia favorablemente: " ¿ Podría el juez exigir fianza al interdictante ? La Ley de Enjuiciamiento Civil no habla de ello y, en principio, no parece posible. Empero los perjuicios gravísimos que podría ocasionar la suspensión abusiva provocada por un insolvente, hace pensar en la aplicación por analogía iuris, del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se tratará allí, como aquí, de la adopción de medidas cautelares, siendo especialmente violentada la del artículo 1663. Estas medidas se adoptan en el supuesto del artículo 1428 previa una justificación documental, que aquí puede faltar. Si, pues, en circunstancias más favorables al demandante, el juez puede pedirle caución no teniendo solvencia notoria y suficiente, con mucha mayor razón debería poder hacerlo cuando su derecho se base en meras afirmaciones, y la medida propuesta, tan propicia al abuso y la extorsión, puede ocasionar perjuicios considerables al demandado. No obstante la dificultad de introducirlo la analogía iuris en la interpretación y aplicación de las leyes procesales, y el tratarse de una restricción que no figura en el proceimiento correspondiente (como

si el legislador la hubiere rechazado) hacen muy difícil, de aceptar la posibilidad de esta medida, por otra parte tan oportuna ". (23)

B) DESARROLLO

Decretada la cautela se procederá a notificar esta al demandado a fin de que dé cumplimiento a la misma, en el sentido de suspender la obra dando las ordenes pertinentes. Pero si el demandado no es hallado en el momento de la diligencia podrá ordenársele al director o encargado de la obra que la suspenda, estos son razonamientos de tipo práctico ya que nuestra ley no reglamenta estos supuestos q-e dejan grandes vacíos y hay que llevarlos hasta con criterios de otras legislaciones, tal vez, lo más cercanos a la nuestra como la española : así :

" El artículo 1663 nos determina la persona pasivamente legitimada. Ha de ser requerido el " dueño de obra ". Del dueño de la obra hablan también los artículos 1664, 1671, 1672 y 1674; más el 1664 nos ofrece una aclaración en el sentido de que el requerimiento ha de formularse solo al dueño de la obra, sino que cuando este no fuere hallado, habrá de ser requerido el director o el encargado de la obra ordenada suspender. ¿ Ello significa que ha de entenderse legitimado pasivamente no solo el dueño de obra sino también el encargado de la misma?. Si el precepto contenido en el artículo 1664 tuviera un significado del propio precepto habríamos de llegar a la conclusión de que también el simple obrero debe ser demandado, puesto que la relación que este mantiene respecto a la obra, un contrato de trabajo con el constructor, guarda gran analogía a la del director o encargado de la misma, muchas veces, si la obra carece de importancia, un encargado puede serlo determinado obrero. En otras ocasiones será el propio constructor; en este caso el contrato que le vincula con la obra habrá sido el de arrendamiento de obras ". (24)

Es de anotar también que las medidas que ha de tomar el juez para la

suspensión de la obra nueva no debe ser únicamente de requerimiento a las personas sino que puede ordenar que por los mecanismos de fuerza pública se impida la continuación de la obra, todo esto a costa desde luego del demandante. " c) Vigilancia de la ejecutoria de la orden contenida en el requerimiento. Es otro extremo que no se encuentra explicitado en la providencia que ordena la suspensión pero que va implícita en ella como elemento interno que es de la preten - sión paralizadora. Se ha de hacer cumplir por el juez como un acto procesal derivado directamente del requerimiento, entendemos, por consiguiente, que en este caso actúa la mecánica procesal por sí misma sin necesidad de sucesivas peticiones. Presentada la demanda al juzgador, la pretensión opera como un resorte que pone en mancha el automatismo del proceso. Se dicta la providencia declarando la suspensión, o continuación que se requiere a fin de que esta suspensión se lleve a cabo, y por último, forzosamente se impone una conducta de abstención. Estamos en presencia de un procedimiento rápido de ejecución de carácter previo, que obra como una actividad procesal más a observar de oficio. No sólo se pretende, pues, una condena, sino que esta condena se lleve inmediatamente a efecto, tomándose las medidas para que en el futuro se conserve su cumplimiento. Será el juzgador el que cuidará que el contenido de la orden sea actualmente obedecido, así como para el tiempo venidero. Por este motivo, el párrafo segundo del artículo 1664 establece que para que se cumpla la orden de abstención contenida en el requerimiento ha de quedar un alguacil - hoy agente judicial - en el lugar de la obra hasta que los operarios se hayan retirado " (25).

Nuestro modo de ver el código de procedimiento civil debe darle una regulación mejor a esta cautela y darle más mayores lineamiento al juzgador a fin de que este con base en la discrecionalidad no actúe con debilidad o en otros casos con arbitrariedad.

C) TERMINACION

La suspensión de obra nueva como cautelar podrá transformarse en definitiva cuando la sentencia acoja la pretensión formulada a la demanda; en caso contrario deberá levantarse cuando se den los supuestos de terminación anormal del proceso principal (ver terminación anormal del proceso cautelar parte general), Consideramos importante establecer si la suspensión provisional de la construcción puede o no interrumpir mediante una caución o garantía.

Levantamiento por caución. Ante la ausencia de la norma que así lo autorice ha surgido la pregunta para la doctrina : ¿ Puede suspenderse la cautela a través de caución ? " La presentación de fianza para continuar las obras. Las partidas permitían la continuación de las obras, prestando fianza, a los tres meses de paralizadas, en una época en que la paralización tenía relevancia económica muy distinta de la actual. Aún así la doctrina, a partir de ANTONIO GOMEZ, vino admitiendo la fianza en casos urgentes, y en que el perjuicio del oponente no es grave.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil nada se dice al respecto y sólo se menciona la fianza a otro propósito. Según el artículo 1671, cuando el que construye la obra nueva ha perdido el interdicto, y por tanto, el demandante ha obtenido la confirmación de la suspensión de la obra, puede aquel pedir que se declare su derecho para continuarla, en juicio declarativo ordinario. Esto es normal, pues el interdicto no es un juicio definitivo, y puede existir razones no presentadas no analizadas debidamente él, en favor del derecho a continuar la construcción ". (26)

Esto es, la legislación española tampoco regula la figura para levantar la suspensión provisional de la obra

Al tenor de nuestra legislación colombiana pensamos que se puede levantar la suspensión de la obra nueva amparándonos en la misma norma que le otorga facultades discrecionales al juez pues si con la garantía o caución se asegura el cumplimiento de la sentencia no vemos cuál será la oposición, claro está que si la nueva construcción al ser continuada amenaza ruina y los riesgos se aumentan pues choca con la lógica aceptar la caución; de otro lado, si la obra vieja amenaza también ruina en este caso la petición deberá ser rechazada de plano.

V. EFECTOS

Estos dependen de la cautela tomada, si se trata de una suspensión de obra nueva y la sentencia definitiva la ratifica pues ha cumplido su función, es decir, ha asegurado los efectos que ésta debía producir. Si el demandante pierde el proceso la cautela debe ser levantada y se produce el efecto normal de este tipo de pronunciamiento: " La condena en perjuicios ", desde luego que ésta deberá ser in genere pues el proceso no ha podido estudiarlos, ya que el proceso principal versa sobre otra pretensión : perjuicios que deben ser liquidados por el trámite de un incidente, (art. 308) si el juez ordenó prestar la caución asegurativa de allí se pagarán dichos perjuicios.

CITAS 7

- (1) Cita 11 ROCCO, Ugo, ob. cit.
- (2) GALLEGO MORELL, Manuel ob. cit. p. 39
- (3) LACRUZ BERDEJO, José Luis. Problemas de Interdicción de obra nueva. Madrid. Revista de Derecho Procesal. t. 3. 1967. p. 25
- (4) ARCHILA, José Antonio. Código Judicial Comentado. Bogotá. Cromos. 1938. p. 187
- (5) Ibidem
- (6) LATORRE, Luis Felipe. ob. cit. p. 91.
- (7) Ibidem. pp. 100-101
- (8) MORALES MOLINA, Hernando. ob. cit. p. 74.
- (9) DE LA PLAZA, Manuel. Derecho Procesal Civil Español. V.2. Madrid. Revista de Derecho Privado. 1955. p. 37. "Los interdictos de obra nueva y de obra ruínosa. Todas las acciones judiciales - ha dicho BRÜNO - pueden dividirse en dos grandes categorías : las que tienden a restablecer el orden jurídico perturbado y son por ello de índole represiva; las que se encaminan a conjurar una eventual lesión jurídica que signos manifiestos nos ofrecen como inminente; a esta segunda categoría de acciones que son de índole preventiva, pertenecen la denuncia de obra nueva y de daño temido. Si con atención se examinan las dos figuras, se comprueba que mediante ambos procedimientos se trata de obtener un proveído provisional que nos pone a cubierto de un daño, y que tal acuerdo no se funda en la certeza, que es atribuido del proceso definitivo, sino en la probalidad, que lo es del cautelar. Es indiferente para este efecto que la decisión se adopte sin audiencia y sin levantar la mano (ex primo decreto) o que requiera para servir el principio de contradicción, un conocimiento más o menos sumario, como lo es que la decisión judicial esté impulsada por móviles que deriven de una situación de propiedad o posesión o que, simplemente, obedezca a razones de policía. Lo que en suma califica y define estos procesos, es la cautela, la provisionalidad, su condición contingente, y precaria en función de un ulterior proceso cognitivo o de ejecución".

- (10) SERRA DOMINGUEZ, Manuel. ob. cit. p. 74
- (11) CARNELUTTI, Francisco. Instituciones del Proceso Civil. t. 1. Buenos Aires. Ejea. 1973. p. 89.
- (12) ROCCO, Ugo. ob. cit. p. 118.
- (13) DE DIEGO LORA, Carmelo. ob. cit. p. 376
- (14) Ver supra. Número 3.
- (15) HERCE QUEMADA, Vicente. ob. cit. p. 18 " Los interdictos de obra nueva y de obra ruinosa (llamados a desaparecer) no son verdaderos procesos cautelares, como se sostiene por algunos (PLAZA, entre otros), ya que los interdictos permiten el paso a un juicio ordinario posterior, pero no suponen el que necesariamente se tenga que acudir a otro proceso posterior, como ocurre en el proceso cautelar. Lo que sucede en realidad es función y subordinada al verdadero juicio, encaminada a obtener la suspensión inmediata y provisional de la obra (art. 1663 y s.s.) y en el interdicto de obra ruinosa, las medidas urgentes de seguridad, cuando la adopción de las mismas es el objeto de dicho interdicto, tienen hasta cierto punto carácter cautelar (art. 1679 y s.s.). "
- (16) DE DIEGO LORA, Carmelo. El interdicto de Obra Nueva. Madrid. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. v.2. 1959. pp. 378-379. " Pero en Derecho Italiano, aunque la denuncia pueda tener, en su misión cautelar, dos facetas, una de previa ejecución y otra sumaria cognicio, tendente ésta a confirmar o revocar lo ejecutado, ambas gases igual que si la sumaria cognicio se celebrara antes de decidir la suspensión están ordenadas al proceso de mérito donde van a satisfacerse con carácter definitivo las pretensiones deducidas. Hasta el extremo de que la fase cautelar y lo que llamamos proceso de mérito o definitivo no son actividades procesales netamente distintas y separadas la una de la otra, sino que el segundo se verá necesariamente y con plena cognición lo que fue resuelto provisionalmente en la fase cautelar. En el derecho español el proceso definitivo tiene existencia plenamente independiente. El que actualmente, principalmente por obra de CALAMANDREI, por la mayoría de la doctrina italiana se estime al proceso cautelar como una forma en sí de tutela, separada del proceso de ejecución y de los de cognición, no significa contradicción con la instrumentalidad característica de este proceso, que además cuenta con las siguientes : provisionalidad, su específico contenido y fin, el periculum in mora, la probable existencia del derecho y la sumaria cognicio como procedimiento. La instrumentalidad no está reñida con ese llamado tercer género. Que viene a introducirse entre el juicio cognicio y el de ejecución; la acción cautelar constituye una forma en sí existente de acción y no una manifestación de un derecho subjetivo sustancial de cautela. El proceso definitivo funciona entonces como una nueva decisión de la relación controvertida, y la solución provisoria será presumiblemente semejante a la que más tarde llegará a ser solución definitiva ".
- (17) Ibidem.
- (18) PRIETO CASTRO, Leonardo. ob. cit., p. 169.
- (19) HERCE QUEMADA, Vicente. ob. cit. p. 42

- (20) SERRA DOMINGUEZ, Manuel. ob. cit. p. 74
- (21) LA CRUZ BERDEJO, José Luis. ob. cit. p. 21.
- (22) VALENCIA ZEA, Arturo. ob. cit. p. 111 " El objeto de todas las acciones posesorias por obra nueva en suelo propio, es el de la suspensión provisional de las obras durante el juicio; y la destrucción o modificación en forma que se eviten las perturbaciones a la posesión ajena. También tiene por objeto el resarcimiento de perjuicios al lesionado (C.C., art. 993, 997 y 1007) ".
- (23) LA CRUZ, BERDEJO, José Luis. ob. cit. p. 48
- (24) DE DIEGO LORA, Carmelo, ob. cit. p. 361
- (25) Ibidem. p. 370
- (26) LA CRUZ BERDEJO, José Luis, ob. cit. p. 48

POR EL DERECHO DE OBLIGACIONES

8

EL ARRAIGO DEL QUEBRADO

I. CONCEPTO DE ARRAIGO

La figura del arraigo en la actualidad en nuestro medio sólo se puede decretarse sobre el quebrado, pero como la figura ha tenido diferentes modalidades en nuestra legislación es necesario observarla desde un comienzo. " Del Latin ad y radicares del vocablo radiz, raíz " ARRAIGAR, es asegurar la responsabilidad de las resultas de un juicio o con motivo de un compromiso cualquiera ". (1) (2).

Esta figura llegó a Colombia a través de la legislación española, fue consagrada para España, en la ley 2 título 3, libro 2, fuero real 41 título II, partida 3 y la quinta título XI, libro 10 de la novísima " exigencia que el actor cumple hacer para que demandado que no es arraigado en la tierra preste fianza de estar a derecho ". (3)

" No creemos que exista, en ningún país con anterioridad al mencionado código de las siete partidas, una regulación tan perfecta, aunque no aparezca aun

la denominación de quiebra. La primera ley que apareció en España refiriéndose concretamente a la materia de quiebras fue dada por las Cortes de Barcelona, celebrada el año de 1299 bajo el reinado de Don Jaime II. Se ordenó en ellas que cualquier cambiador que quebrase, o que hubiere quebrado, jamás volvería a tener tabla de cambio ni empleo alguno, siendo tenido y pregonado por infame y por fallido en la ciudad o lugar en que hubiese ejercido dicho oficio y deteniéndose hasta que hubiese satisfecho sus deudas, no pudiendo comer mientras más que pan y agua, esta constitución mandaronla cumplir las Cortes de Lérida, celebradas durante el mismo reinado el año 1301.

" En las Cortes de Gerona, en el año de 1321, reinando el mismo Don Jaime II, se mandó que todo cambiador que quebrase se publicaría por pregón como infame, y como fallido en los sitios donde quebrase y en todas las veguerías de Cataluña.

" En el año de 1493 se celebraron nuevas Cortes de Barcelona, las cuales confirmaron las precedentes constituciones, ordenando además que cualquiera que tuviese tabla de cambio, o todo mecader que fuese fallido, fugitivo o ausente, por el mero hecho de serlo, fuere tenido por echado de paz y tregua, en lo que se le podría sustituir ni ser indultado hasta que hubiese contentado y satisfecha a todos sus acreedores. Son muy interesantes en materia de quiebras. Don Fernando y Doña en 1480 mandaron tener por público ladrón al que se ausentase con caudales ajenos, y en pragmática el año 1502, establecieron penas contra los que alzasen con hacienda ajena, así como el modo de proceder contra ellos y la declaración de nulidad los contratos que se realizaran en perjuicio de los acreedores. Don Carlos I en Madrid (año 1528) en Segovia (1532) y en Valladolid (1548) dió también sus pragmáticas referentes al particular, prohibiendo en la segunda de ellas que ningún alzado gozase el privilegio de hidalguía para excusarse de la pena de un delito no para otra cosa. Don Felipe II, en

las Cortes de Córdoba de 1570 y en las de Madrid 1573, determino el orden con que habría de procederse, contra los mercaderes y cambiantes que quebrasen y dispuso por pragmática de 18 de Julio de 1590, que los deudores que hicieren ce si ón por pragmática de 18 de Julio de 1590, que los deudores que hicieren cesión por pragmática de sus bienes o compromisos para remisión o espera de sus deudas, estuviesen presos hasta que se acabasen los pleitos de los acreedores" (4).

También esa figura fue consagrada en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, en su artículo 238, para el extranjero demandante y según la reciprocidad entre los Estados.

El artículo 534 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil la mantiene pero como una excepción dilatoria que tiene el demandado de proponer contra el de man dante extranjero que no posee bienes en España, a fin de que presente la caución el arraigado para poder hacer efectivo el pago de costas en el evento de sa lir derrotado en el proceso (5).

Nuestra legislación en su primer Código Judicial Nacional (1873) organi z ó en el libro segundo " Enjuiciamiento Civil ", título I " Juicio Civil en Gene ral Capítulo V " Las acciones accesorias del demandante " parágrafo primero " El arraigo "a partir del artículo 297 al 305 con el fin de evitar que el proce so no resultará ilusorio en sus efectos, es decir, asegurar los efectos de la sentencia; además este arraigo podía pedirse en cualquier proceso, toda vez que se había reglamentado en la parte general del código y para el Juicio Civil en general veamos : " antes o después de presentada una demanda puede el interesado pedir que se arraigue a la persona que ha demandado o va a demandar; pero para esto es necesario que compruebe sumariidad que esa persona es su deudor y que se teme con razón que se ausente con perjuicios de su acreedor. Art. 298. He cha la petición de arraigo el juez intimará inmediatamente al deudor, pasando a

a su casa, si fuere necesario, para que dé caución de arraigo, la que constituirá en hipotecas o prendas cuyo valor puede cubrir las resultas del juicio, o en un fiador abonado que se constituya responsable al pago de lo que fuere juzgado y sentenciado. Art. 299. El arraigo obliga al deudor a permanecer en el lugar del juicio durante éste, y no podrá ausentarse sin permiso del juicio, dando un fiador a satisfacción del juez que responda de que el apoderado cumplirá con los deberes que se le impone; pero ni el deudor, ni el apoderado ni el fiador podrán ser presos, detenidos ni arrestados ".

Así las cosas, esta medida de arraigo era prácticamente un rezago de la prisión por deudas, pero esta forma de cautela fue abolida en el Código Judicial de 1.931 definitivamente.

" En el viejo código judicial existían fuera de las enunciadas, el arraigo que era un verdadero rezago de la prisión por deudas, y la suspensión que aparecía reglamentada en los artículos 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, de dicho estatuto; la primera fue totalmente eliminada por institución arcaica"(6) (7) .

El Código de Comercio actual, expedido por decreto 410 de 1971, y que está en vigencia desde el 1o. de Enero de 1972, dispuso en el artículo 1946 " el auto declara la quiebra deberá ordenar; " ... 4o.) El arraigo del fallido en el lugar en donde cursa el proceso de quiebra ";por lo tanto, de acuerdo con nuestra legislación el arraigo del quebrado: constituye un proceso cautelar de tipo personal que recae sobre el comerciante declarado en quiebra ".

II. NATURALEZA JURIDICA

A) ES UN PROCESO CAUTELAR DE TIPO PERSONAL

Corresponde en este punto demostrar el carácter cautelar del arraigo del fallido en el proceso de quiebra.

Primero que todo hay que establecer la finalidad de la medida, pero es necesario hacer la aclaración de que el arraigo no puede confundirse con la de tención o arresto del quebrado, toda vez que esta constituye una medida cautelar de tipo penal a fin de asegurar el cumplimiento de la sentencia cuando éste haya cometido el delito de quiebra, y el arresto del quebrado no tratau de asegurar el pago de deudas, para lo cual hay medidas preventivas de otro carácter previstas en el procedimiento de quiebra que podrían ser más eficaces (ver ar tículo 1044, 3o., 4o. y 6o. del Código de Comercio de 1829); lo que con el arresto del quebrado, domiciliario o carcelario, se persigue, es precisamente el aseguramiento de su persona por si a las resultas de la calificación de la quiebra que precisamente realiza el juez civil - tiene que responder criminalmente ante los órganos de la jurisdicción penal. Puede concluirse, pues, que el arresto del quebrado es una medida preventiva que asegura el futuro o el fin del proceso penal en que se depuren las responsabilidades criminales imputable al quebrado, es decir, una medida cautelar de carácter penal adoptada en el pro ceso civil. Por otra parte, a diferencia de lo que sucede en el proceso penal, donde el juez tiene potestad para conceder o no al imputado la posibilidad de sustraerse a la prisión provisional mediante la prestación de la correspondiente fianza en la quiebra el juez civil tiene forzosamente que permitirle al que brado la posibilidad de transformar el arresto en domiciliario si presta fianza de carcel,segura " (8).

Es necesario también aclarar que el arresto del quebrado no constituye una prisión por deudas; es decir, por el simple hecho de que el quebrado deba a sus acreedores sino que se trata de una decisión de tipo penal sobre una per sona que ha defraudado a sus acreedores.

Así las cosas, de acuerdo con la legislación colombiana y la ubicación del texto en el artículo 1946 del Código de Comercio, esta figura es típicamente civil, es decir, lo que se persigue con ella, es la presencia del quebrado en la ciudad en donde cursa el proceso a fin de poder integrar debidamente la masa de la quiebra, mirando siempre la máxima satisfacción de los acreedores.

" Hoy, la declaración de quiebra contiene en Colombia el decreto de medidas cautelares, a fin de evitar la disposición de los bienes por el quebrado, que constituirán la masa de la quiebra y el único patrimonio sobre el cual podrán satisfacer los acreedores sus créditos. Dicha declaración, que determina un proceso universal de ejecución colectiva, constituye al quebrado en sujeto positivo de la fuerza operable de tal declaración. Es de cargo de la ley, establecer entonces las medidas indispensables para prevenir la demora del proceso, ya que la necesidad de servirse de este para alcanzar el reconocimiento del derecho o su ejecución, no debe generar un perjuicio para el titular del mismo. Por ello el proceso de quiebra está dotado de medidas cautelares, que como todas estas garantizan los derechos que se hacen valer y consolida la eficacia de la función jurisdiccional. Dichas medidas se distinguen por su provisionalidad, porque no constituyen un fin por sí mismas, sino que se sirven a la providencia definitiva, pues la cautela es instrumenta, y para precaver el periculum in mora, que es su base, se impone dictarlas con conocimiento sumario, ante la mera verosimilitud del derecho que se busca tutelar con ellas.

1. " Estas medidas recaen sobre los bienes embargables del quebrado y sobre su persona en cuanto al arraigo en el lugar donde cursa el proceso de quiebra (art. 1946,11), consistente en la prohibición de ausentarse de allí sin permiso del juez, a fin de que pueda estar a su disposición para cualquier efecto del proceso, siendo éste el único caso en la legislación procesal civil colombiana ". (9)

De otro lado, el arraigo del fallido, sólo puede recaer sobre la persona del quebrado y no sobre sus familiares y parientes, por lo tanto es de tipo personal, toda vez que le impide a este moverse con libertad incluso dentro del territorio colombiano, ya que debe permanecer dentro de los límites de la compe-tencia territorial del juez donde se adelanta la quiebra y deberá pedirse auto-rización a este para salir de ella.

B) RECAE SOBRE EL CUERPO DE COMERCIANTES DECLARADOS EN QUIEBRA. —

Solamente los comerciantes pueden ser declarados en quiebra y por motivos de tal declaración ordena el artículo 1946 en su numeral 4 arraigar al fallido en el lugar en donde se está adelantando el proceo quebrario; esto es, a las personas que no tienen el carácter de comerciantes y al entrar en insolvencia podrán hacérseles concurso de acreedores y en tal evento no será precedente tal cautela.

III. REQUISITOS DEL ARRAIGO

A) SUBJETIVOS

Siguen las reglas generales del proceso cautelar por lo tanto será competente para decretar el arraigo el juez civil del circuito del domicilio del quebrado; no es necesario que quienes instauran la demanda la pidan ya que es una obligación del juez decretarla al tenor del artículo 1946 del Código de Comer-cio.

B) OBJETIVOS

Respecto de los requisitos objetivos hay que establecer que sólo es posible tomarla en el proceso de quiebra.

C) DE LA ACTIVIDAD

Sigue las reglas generales del proceso cautelar.

IV. PROCEDIMIENTO DEL ARRAIGO

Consideramos que para darle efectividad y ejecución a esta cautela deberá el juez notificar al quebrado del auto que decreta la quiebra y con él su arraigo, de acuerdo con las normas establecidas para tal efecto; sin embargo consideramos que cómo el Código de Comercio estableció una notificación para los terceros en general y a los acreedores a través del sistema de edicto emplazatorio. Para el caso de notificar el arraigo al fallido deberá ésta hacerse personalmente al quebrado ya que se trata de una medida que debe saber directamente éste y como la ley comercial guardó silencio al respecto, debe suplirse este vacío con el artículo 314 del Código de Procedimiento Civil que dice : . Deberán notificarse, hacerse personalmente las siguientes notificaciones: 1. La del auto que la confiere traslado de la demanda al demandado y en general la que tenga por objeto hacer saber la primera providencia que se dicte en todo proceso ".

De otro lado puede el juez, librar oficios a las autoridades correspondientes a fin de impedir que el quebrado se ausente del lugar en donde se adelanta el proceso.

V. EFECTOS DEL ARRAIGO

El efecto principal que produce el arraigo del fallido lo constituye la restricción del derecho de locomoción, es decir, por tal arraigo el fallido no podrá ausentarse de la ciudad en donde se adelanta el proceso quebrario sin autorización del juez; este en cualquier momento puede ser útil en las reuniones de los acreedores etc.

CITAS 8

- (1) OMEBA. ob. cit. p. 779
- (2) GOWLAND, Norberto. " La excepción de Arraigo en Juicio en el Derecho Internacional. Madrid. Revista de Derecho Procesal. Año V. No. 1.1949. p. 123. " La cautio judicatum solvi tuvo origen en el Derecho romano-procedimiento formulario - y resultaba procedente cuando hallándose en discusión entre los litigantes la propiedad o posesión de un bien, el magistrado concedía la posesión provisoria a una de las partes; ésta debía prestar la cautio judicatum solvi, es decir, la caución que garantizara que él presentaría la cosa que recibía, en el mismo estado, al juez que en definitiva interviniera. Hoy día por cautio judicatum solvi la doctrina entiende, en términos generales, referirse a la fianza que se exige al demandado para que el actor quede garantizado del contenido pecuniario de la condena y de las costas. Se ha encontrado, sin embargo, un sustitutivo, más eficaz y propio en el embargo preventivo. Por arraigo se conoce, en cambio, de acuerdo con la mayor parte de la doctrina, a la institución procesal que consiste en una fianza exigida al accionante para que ella permita hacer oportunamente efectivas las responsabilidades a que hubiere lugar por parte de aquel. Es la que corresponde a la denominación latina de cautio pro expensis ".
- (3) DE LA PLAZA, Manuel. ob. cit.
- (4) NAVARRINI, Humberto. La Quiebra. Madrid. Reus. 1943. p. 2526.
- (5) GOWLAND, Norberto. ob. cit. p. 123. " El derecho consuetudinario internacional establece que cada Estado se halla obligado a reconocer personalidad judicial al extranjero; esa obligación se complementa con la obligación de conferir al extranjero la capacidad de actuar como sujeto procesal con posibilidad de deducir las acciones a que tenga derecho. Parece lógico que si se reconoce al extranjero la capacidad de actuar ante los tribunales, no se le impongan especiales cargas, distintas de las comunes a los nacionales. Sin embargo, aparte de los casos en que una norma procesal reenvía a una substancial que establece diferencia de trato jurídico entre nacionales y extranjeros, es precisamente la cautio judicatum solvi la institución que, en la práctica, traba al extranjero en su acción trocando, a menudo en puramente lítica la facultad que le confiere la declaración general o abstracta de igualdad con

el nacional. La mayoría de las legislaciones imponen al extranjero la obligación o, carga de prestar la " fianza de arraigo ". Esta observación sorprende un tanto al jurista, pues como resulta de lo anteriormente expuesto, la capacidad de actuar como sujeto procesal parecería llevar inherente la de permitirle accionar en par de igualdad con el nacional. Sin embargo, un estudio de los antecedentes de los textos legales que en cada país rigen esa institución procesal permiten advertir que en muchas ocasiones se le ha establecido con el único fundamento de que los demás países la han consagrado. Por eso, también, una resolución conjunta de numerosos Estados puede hacer desaparecer definitivamente esa institución ".

- (6) PARDO, Antonio J. ob. cit. p. 353.
- (7) GOWLAND, Norberto. ob. cit. p. 129. " El Código Panamericano de Bustamente, que fue aprobado en la sexta Conferencia celebrada en la Habana en 1928, siguió las normas del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo del año 1889; ambos adoptaron el principio de igualdad. El tratado de Montevideo rige en Argentina, Bolivia, Paraguay, Colombia, Perú y Uruguay). Antes de finalizar esta breve reseña de los antecedentes de doctrina y legislación internacionales sobre la fianza de arraigo, creo oportuno mencionar que en el primer Congreso Nacional de Ciencias Procesales celebrado en la ciudad de Córdoba (Argentina), en el año de 1939, se consideró con toda amplitud y con la participación de destacados internacionalistas y procesalistas sudamericanos todo lo concerniente al problema jurídico internacional que plantea la fianza de arraigo. Si hago referencia en esta parte de mi exposición a dicho Congreso Procesal, ello se debe a que en el mismo se sancionó en definitiva un voto que, a semejanza de las normas del tratado de Lima de 1878 que anteriormente ha señalado, contiene un principio general admisible la excepción de arraigo, pero luego sienta numerosas excepciones que circunscriben la aplicación de ese principio a contados casos ".
- (8) GONZALEZ MONTES, José L. ob. cit. p. 160-161
- (9) DEVIS ECHANDIA, Hernando. MORALES MOLINA, Hernando. Ponencia presentada al segundo Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Publicada en temas de Derecho Procesal (Civil y Comercial). Medellín. Biblioteca Jurídica 1980 p. 114.

LA SUSPENSION PROVISORIA DE ACTOS DE ASAMBLEAS Y JUNTAS DE SOCIOS

I. CONCEPTO DE LA SUSPENSION PROVISORIA

La suspensión provisoria de los actos de las asambleas y juntas de socios constituyen el segundo proceso cautelar de tipo personal en los procesos a que el derecho de obligación dá lugar.

Este proceso cautelar fue consagrado en el artículo 438 del código de procedimiento civil así : " impugnación de actos de asambleas o juntas de socios. La demanda de impugnación de actos o decisiones de asambleas de accionistas o juntas directivas o de socios, sólo podrá proponerse dentro de los dos meses siguientes a la fecha del acto respectivo, y deberá dirigirse contra la sociedad. En la demanda podrá pedirse la suspensión del acto impugnado y el juez la decretará si la considera necesario para evitar perjuicios graves del demandante presta caución en la cuantía que aquel señale. Este auto es apelable en el efecto diferido ".

El objeto de este proceso cautelar es precisamente la paralización de la ejecución de los actos sociales; cuando la pretensión principal del proceso de impugnación sea declarativas de nulidad (los acuerdos sociales contrarios a la ley, acuerdos sociales contrario a los estatutos) o cuando la pre-

tensión es constitutiva de nulidad (acuerdos contrarios al interés social)
(1).

La sentencia en tal proceso de impugnación en caso de ser estimatoria dejará sin valor ni efecto el acto social, y los administradores no podrán ejecutar dicho acto pero si ya fue ejecutado deberán tomarse las medidas necesarias para dar cumplimiento a la sentencia.

" La sentencia que declara la nulidad reduce a la nada la decisión social. Una vez ejecutoriado el fallo, los administradores de la sociedad tienen el deber de tomar las medidas conducentes a su cumplimiento, so pena de que asuman personalmente la responsabilidad de los perjuicios que se deriven de su negligencia o misión (C. de Comercio, artículo 192). En ocasiones bastará reunir la asamblea o junta para reconsiderar la decisión y adoptarla con sujeción a la ley y a los estatutos. En otros casos, verbigracia los de aumentos de capital, la solución no es tan sencilla " (2)

Así las cosas, la suspensión provisoria tendrá por objeto impedir que la sentencia quede sin efecto, paralizando los efectos que los actos impugnados han de producir.

La suspensión provisoria de actos o acuerdos sociales " es un proceso cautelar de tipo personal mediante el cual se paraliza provisionalmente los efectos de un acto impugnado ".

II. NATURALEZA JURIDICA DE LA SUSPENSION PROVISORIA

A) ES UN PROCESO CAUTELAR DE TIPO PERSONAL. (3).

La suspensión provisoria (4) de un acto social constituye primero que todo un proceso cautelar toda vez que pretende asegurar los efectos que han de

producir la sentencia definitiva; la suspensión tiene en su mira el control de los efectos que producirá la sentencia si esta ya hubiese sido dictada, y será personal en la medida que recae sobre los administradores, sobre la voluntad, a fin de constrañírseles a la no ejecución del acto materia de la impugnación " esta naturaleza cautelar queda clara observando que se trata de un procedimiento destinado a obtener una resolución que constituye una anticipación provisional de ciertos efectos de la sentencia definitiva, dirigida a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma " (5). " A esta demanda puede acompañar la petición, teóricamente accesoria pero prácticamente muy importante, que tiene en realidad carácter precautorio o cautelar, y que consiste en la suspensión de acuerdo que se impugna " (6).

B) PARALIZA PROVISIONALMENTE LOS EFECTOS DEL ACTO IMPUGNADO.

La pretensión de esta clase de proceso cautelar, tendrá por objeto paralizar la decisión de la reunión de socios, su parálisis es temporal toda vez que está a la espera de la sentencia definitiva, se observan claramente las notas de instrumentalidad (7) provisionalidad (8) que son fundamentales en la construcción de cualquier proceso cautelar " otra de las medidas cautelares peculiars del proceso de impugnación de acuerdos sociales consisten en la suspensión de la ejecución del acuerdo nulo o anulable (artículo 70, 4, LSA, 54 4,RGC). A pesar de la similitud de dicha medida con la ejecución provisional de la sentencia, que ha llevado a algún autor a asociarles idéntica naturaleza, esencialmente en base a que mantienen semejante efectos e idéntico fundamento (el periculum in mora derivado del retardo en la ejecución definitiva de la sentencia), se trata de dos institutos radicalmente distintos. Ciertamente la finalidad de ambas medidas estriba en la suspensión del acuerdo impugnado, pero mientras la primera la solicitud se realiza como consecuencia de la simple apariencia de ejecución que es la sentencia definitiva. Esta es la razón por

la que el legislador, precisamente para fortalecer el fumus boni iuris, exija que, quien pretenda suspender los efectos del acuerdo impugnado, represente al menos, la quinta parte del capital de la sociedad anónima, o de los votos sociales de la cooperativa, requisito este último que no es tal en la ejecución provisional de la sentencia. La diferencia, pues, que separa ambas resoluciones jurisdiccionales es la misma que la existencia entre una medida cautelar y una ejecutiva, es decir, su "homogeneidad" y no idéntica entre ellas, porque, de lo contrario, no estaríamos ya asegurando, sino ejecutando la sentencia recaída en el proceso de impugnación " (9).

La ubicación de este proceso cautelar en lo relativo al derecho de obligaciones corresponde, a que siendo el proceso principal que marca la pauta, se ubica dentro de esta categoría (10) de otro lado, la legislación colombiana no sólo constituye esta cautela para el proceso de impugnación sino que el tenor del artículo 28 del código de comercio se consagra: "deberán inscribirse en el registro mercantil : 8o. Los embargos y demandas civiles relacionadas con derechos cuya presentación esté sujeta a registro " quedó consagrada la anotación cautelar de la demanda para éste tipo de procesos, siempre y cuando la sentencia a dictarse sea registrable. (ver anotación cautelar de la demanda).

III. FUNDAMENTO DE LA SUSPENSION PROVISORIA

La razón de la toma de esta cautela el peligro de daño ocasionado por la ejecución de los actos, y además la demora misma del proceso (periculum in mora). La legislación en su artículo 438 antes transcrito limita la cautela a la discrecionalidad del juez toda vez que éste deberá observar el grave daño que se ocasionará sino se tomará la cautela.

IV. REQUISITO DE LA SUSPENSION PROVISORIA

Sigue las reglas generales del proceso cautelar, al cual nos remitimos, la competencia radica en el juez civil del circuito, por competencia residual, consagrada en el artículo 16 numeral 12 del C.P.C. .

V. PROCEDIMIENTO DE LA SUSPENSION PROVISORIA

La cautela de suspensión de actos de sociedades debe impedirse en la demanda y en el auto admisorio de la misma deberá resolver sobre dicha petición. No es posible pedirla con posterioridad a la demanda ya que el artículo 468 del C.P.C. limitó al momento de presentarse esta.

Si el juez opta por considerar (discrecionalidad) debe ordenar que la demanda preste caución a fin de decretarla; caución que sigue las reglas generales. Prestada esta y decretada, deberá notificarse a los administradores o encargados de ejecutar el acto a fin de que se abstenga de realizar cualquier conducta tendiente a su realización. El no cumplimiento de la orden del juez, dará lugar a su responsabilidad por los perjuicios que ocasione la ejecución del acto. (artículo 192).

VI. EFECTOS DE LA SUSPENSION PROVISORIA.

La suspensión de los actos sociales, hace que dejan sin efecto los actos realizados con base en ellos, si su fuente es declarada nula, pues lo nulo genera nulidades.

De otro lado, sus administradores deberán reparar todos los perjuicios que dichos actos ocasionen al demandante.

- (1) GIMENO SENDRA, José Vicente. El Proceso de Impugnación de Acreedores de las sociedades Anónimas y Cooperativas, Madrid. Civitas. 1981.
- (2) NARVAEZ GARCIA, José Ignacio. Teoría General de las Sociedades. 3 ed. Bogotá, Profesional. 1980. p. 419 .
- (3) HERCE QUEMADA, Vicente. Derecho Procesal Civil, Madrid. 1979. p. 152.
- (4) MORALES MOLINA, Hernando. ob. cit. p. 96. " SUSPENSION DEL ACTO. Inspirándose en la suspensión provisional de los actos administrativos, medida cautelar del C.C.A., autoriza al C. de P.C. pedir la suspensión del acto impugnado, que el juez decreta si la considera necesaria para evitar perjuicios graves o el demandante presta caución en la cuantía que aquél señala. Es decir, que para ordenar la suspensión se necesita a) Que se solicite en la demanda, por la cual si así no ocurre precluye dicha posibilidad; b) Que se considere necesaria para evitar perjuicios graves lo cual se libra a la discrecionalidad del juez. Por ello se advierte que la suspensión no se rige por las normas del C.C.A., en cuanto requiere que el acto demandado viole prime facie la ley o los estatutos de la sociedad, sino que basta que pueda ocasionar graves perjuicios al demandante, según calificación del juez; c) Que se preste por el demandante caución en la cuantía que el juez señale, esto es que se establece una contracautela, con el fin de evitar el abuso del derecho a la medida precautoria ".
- (5) FAIREN GUILLEN, Víctor ob. cit.
- (6) GUASP DELGADO, Jaime. ob. cit. p. 504
- (7) FAIREN GUILLEN, Víctor. ob. cit. p. 943 " El art. 70 de la ley de las sociedades anónimas del 18 de Julio de 1951, en sus reglas 4a. y siguientes regula un especial procedimiento con el fin de obtener la suspensión del acuerdo social impugnado durante la tramitación del proceso dirigido contra el mismo. Se trata de un procedimiento cautelar, instrumental del declarativo sobre el fondo ".

- (8) Ibidem. " El citado pronunciamiento tiene carácter de provisional sumario - basado, como se ha dicho, en el " periculum in mora " causado por la extensión del procedimiento sobre el fondo en el tiempo -; urgente; está al servicio de un pronunciamiento por el que se intenga obtener el pronunciamiento más leve que el de fondo que en la demanda se pidió, en razón justamente a lo más fácil de su consecución.
- (9) GIMENO SENDRA, José Vicente. ob. cit. p. 143.
- (10) GUASP DELGADO, Jaime. ob. cit.

POR EL DERECHO DE FAMILIA

10

LA SEPARACION PROVISORIA DE LOS CONYUGES

I. CONCEPTO DE SEPARACION PROVISORIA

La separación provisional del cónyuge constituye la cautela personal típica en los procesos matrimoniales toda vez que con ella se pretende anticipar los efectos de una sentencia que habrá de decretarla definitivamente.

El inicial código judicial de 1873, dispuso en su artículo 1324 " desde que se promueva un juicio de nulidad o de divorcio, la mujer tiene derecho de pedir que se le deposite en casa honrada que merezca la confianza del juez, prefiriéndose siempre la de los padres de la mujer. El depósito subsistirá mientras dure el juicio" ; esto es , autoriza a la mujer para que pida su " depósito " en casa de sus padres etc., esto equivalía no a una separación provisional, toda vez que la mujer siendo casada es incapaz, sino mas bien una guarda.

Pero la verdadera separación provisional de los cónyuges fue consagrada en el código civil en el artículo 157 numeral 1 que disponía : " al admitir

se la demanda de divorcio, o antes, si hubiera urgencia, se adoptarán provisionalmente por el juez, y sólo mientras dure el juicio, las providencias siguientes :

1. Separar los cónyuges en todo caso; ... " al llegar el código de 1931 el artículo 792 ha dispuesto: " antes de iniciarse el juicio de nulidad del matrimonio, o el de divorcio, o durante él, debe el juez tomar las medidas preventivas autorizada por la ley ", es decir, para la época quedan vigentes las normas anteriores ya que las medidas autorizadas por la ley eran los consagrados en el artículo 157 del C.C. y el inciso segundo del artículo 792 establecía claramente la finalidad de dichas cautelas. " Tales providencias se pueden tomar de una vez, o a medida que vayan siendo menestar, y el juez, al hacerlo, ha de tener en cuenta que ellas están consagradas especialmente por la ley para proteger a la mujer". Y al respecto expuso el profesor LUIS FELIPE LATORRE : " pero en el presente caso, la interpretación del artículo 792 del C.J., dada la generalidad de sus términos, impone el examen del artículo 157 del C.C., para determinar su alcance y consiguientemente el del 792 del estatuto procedimental. Ahora bien, nosotros estimamos que son procedentes las medidas preventivas de que tratan las disposiciones citadas, no solamente en el caso de juicio o presunto juicio de divorcio, sino también en el caso de un juicio o presunto juicio de nulidad de matrimonio; y no solamente las contemplan en el artículo 157 del código civil sino las previstas en el artículo 3o. de la ley 95 de 1890; porque en ambas la mujer necesita de igual protección personal y patrimonial.

" La cuestión no era dudosa ni aún bajo el imperio del antiguo código; mucho menos ahora en presencia de textos más amplios, comprensivos y explícitos, como son los artículos 792, 793 y 794 del nuevo estatuto procedimental. Y las razones son obvias: la mujer que se ve compelida a promover una acción de nulidad del matrimonio, se coloca en una situación de pugna tan abierta con el marido como en el caso de una demanda de divorcio, porque las consecuencias de las

dos acciones son igualmente graves y que quizá mayormente la de la nulidad: cesación absoluta de la cohabitación, separación absoluta definitiva de patrimonios, etc.; y al marido demandado y por lo mismo resentido, no le conviene la prosperidad de una acción ni de otra. Pues bien, manteniendo la mujer en su casa, haciéndole efectiva sus obligaciones de obediencia y privándola de toda clase de recursos establecerá sobre ella un cerco o bloqueo infranqueable que se haría para esta mujer completamente imposible el ejercicio de su acción. Esta circunstancia, de segura ocurrencia que tuvo en cuenta el legislador, debe servir de norma a los jueces para interpretar la ley de la manera más razonable y humana, de conformidad con la realidad de la vida, más que con los propios textos aparentemente confusos. Por eso el mismo artículo 792 previene al juez que tratándose de tales medidas preventivas " ha de tener en cuenta que ellas están consagradas especialmente por la ley para proteger la mujer .

"De manera que cualquier interpretación que se dé a aquellas disposiciones en un sentido perjudicial a la mujer, es injurídica como contraria, a los explícitos propósitos del legislador. Por otra parte, los pasajes de la exposición de motivos suscrita por la Comisión Revisora del Código y que aparecen en casi todas las ediciones del mismo, corroboran este parecer " (1).

El código de procedimiento civil reglamentó el proceso de divorcio en el artículo 423 y dispuso que se podía pedir la separación provisional de los cónyuges. La ley 1a. de 1976 que dió una vuelta al país en materia de procesos matrimoniales creando el divorcio vincular de matrimonio civil y separación de cuerpos, dispuso en el artículo 27: " el artículo 423 del código de procedimiento civil quedará así : artículo 423: en el proceso de divorcio se observarán las siguientes reglas: 1. Simultáneamente con la admisión de la demanda de divorcio o antes, si hubiera urgencia, podrá el juez decretar las siguientes medidas : a) autorizar la residencia separada de los cónyuges, y si estos fueren menores no habilitados de edad, disponer el depósito en casa de sus padres o

de sus parientes más próximos o en la de un tercero cuando el juez lo considere conveniente "; ... " Por ahora diremos que la separación provisoria de los cónyuges es " un proceso cautelar de tipo personal mediante el cual se suspenden provisionalmente las obligaciones conyugales entre demandante y demandado ".

II. NATURALEZA JURIDICA DE LA SEPARACION PROVISORIA

A) ES UN PROCESO CAUTELAR DE TIPO PERSONAL

La separación provisoria de los cónyuges constituye el proceso cautelar personal único de los procesos matrimoniales. La separación al igual que la interdicción provisoria y la suspensión de actos, como procesos cautelares que sólo están destinados a producir los efectos temporalmente que habrá de producir la sentencia en forma definitiva.

La pretensión principal en los procesos de separación de cuerpos, la constituye precisamente la suspensión definitiva de las obligaciones de tipo conyugal, con algunas salvedades; pero en los procesos de nulidad o divorcio, es la destrucción del vínculo matrimonial pero lleva también a dicha suspensión.

La separación provisional funciona como proceso cautelar, toda vez que le concurren todas las notas que así la identifican tales como la instrumentalidad (2). Provisionalidad (3) y mutabilidad (4).

B) SUSPENDE PROVISIONALMENTE LAS OBLIGACIONES CONYUGALES

Este proceso cautelar está encaminado no ha anticipar los efectos de la sentencia, sino a suspender las obligaciones entre cónyuges que habrá de convertirse en definitiva a partir de la sentencia. Esta cautela es eminentemente personal toda vez que recae sobre el cuerpo de los cónyuges.

III. FUNDAMENTO DE LA SEPARACION PROVISORIA

Creemos que aquí en este proceso cautelar concurren simultáneamente los dos fundamentos o razones de ser del proceso cautelar en general. El *periculum in mora* y el *periculum in damni*. No solamente se debe tomar esta cautela por el peligro de demora del proceso (5), es decir, que si no se actúa inmediatamente, no podemos ejecutar las sentencias, sino es necesario temer el peligro de daño que se corre con un proceso de este tipo máxime si es la mujer quien lo ha demandado.

Auncuando no se encuentre vigente ya la norma del código judicial en el cual se expresaba que las normas sobre cautelas en los procesos matrimoniales estaban expresamente consagrados con miras a proteger la mujer; creo que hoy también se debe tener en cuenta esta circunstancia, cada vez que auncuando se hable de igualdad entre hombre y mujer, nuestra sociedad sigue siendo machista y con esos ojos mira también la justicia. De otro lado, considero que el juez al decretar la separación provisional o cambio de residencia solicitada por el marido debería averiguar la situación en que queda la mujer y sus hijos; por ejemplo; quien paga la renta de arrendamiento etc. porque una vez, decretada la separación provisional la desprotección de la mujer es incuestionable.

IV. REQUISITOS DE LA SEPARACION PROVISORIA

Respecto de los requisitos subjetivos, objetivos y de actividad sigue las reglas generales del proceso cautelar en general, pero se hace necesario hacer una referencia al Fumus Boni Iuris (6) o apariencia de derecho, en el sentido de que los cónyuges solo les basta hacer la solicitud, para que esta sea decretada consideró también que debe dársele un tratamiento distinto toda vez que cuando sea el marido quien hace la solicitud se exija realmente una prueba o principio de prueba para decretarla es decir, que exista un real apa

riencia de derecho en el marido demandante, cuando se trata de una mujer bastará simplemente su afirmación en la petición para que sea decretada. Respecto de los sujetos activo y pasivo, no necesariamente debe ser el demandante el pe tionario de la cautela lo puede hacer cualquier parte ya que la ley no exige que deba hacerse por éste, de otro lado aun cuando el marido demande la separación de cuerpos aun cuando la sentencia habrá de decretarla, ello no implica que la mujer demandada no pueda correr peligro tanto en su integridad física, como moral o respecto de su comparecencia al proceso.

V. PROCEDIMIENTO DE LA SEPARACION PROVISORIA.

A) NACIMIENTO

La petición de la cautela podrá efectuarse en la demanda, en la contes tación etc. o en cualquier momento hasta antes de la sentencia de primera instancia porque si se solicita con posterioridad será una ejecución provisional de la sentencia, se podrá alegar contra lo anterior que la norma reza " simul táneamente con la admisión de la demanda, o antes, si hubiere urgencia ", y que simultáneamente con la admisión quiere decir únicamente con la demanda y no después hay un proverbio que dice " se puede violar la letra de la ley, sin vio lar la ley ", y hacer esta clase de interpretación es quedarse desafortundamente en la exégesis, hasta donde las palabras dicen; creo que a este artículo 27 de la ley 1a. de 1976 debe interpretarse con mayor elasticidad; porque sino va mos a interpretaciones podemos arrancar de las mismas palabras la siguiente " el artículo dice : " si hubiese urgencia ", el juez en el auto admis orio la de cretará, pero sinó la hay, ¿ Qué quiso decir el legislador ?. Pues que cuando no hay urgencia se puede decretar después de la admisión de la demanda, no necesariamente que sea simultánea .

B) DESARROLLO

Decretada la cautela podrá el cónyuge a quien se le ha autorizado el cambio de residencia trasladarse al lugar que crea conveniente para su seguridad y protección toda vez, que si se trata de menores procederá el alojamiento del menor en casa de sus padres o parientes según las circunstancias.

Considero que debe adoptarse esta legislación de una manera más práctica para su eficacia de la siguiente manera : al notificársele el auto admisorio de la demanda, deberá notificarse también el auto que decreta la separación provisional o como lo llama nuestro código " residencia separada ", a fin de que el demandado, se entere de la cautela, y además, el auto debe ordenar la intimidación o constreñimientos del caso a fin de que la cautela sea eficaz.

No se trata simplemente de decir, autorizase la residencia separada; ello conlleva a todo un andamiaje de circunstancias a fin de que el demandado no las incumpla. El juez tiene en estos procesos facultades discrecionales aun cuando no se diga expresamente pero eso quiere decir la palabra " podrá " (art. 27 del lo. de 1973; art. 423 numeral 1o. del C.P.C. .

C) TERMINACION

a) Normal. El proceso cautelar de separación provisoria de cónyuges terminará de la misma forma que el proceso en general al cual nos remitimos.

b) Anormal. El proceso cautelar de separación provisoria de cónyuge terminará anormalmente de acuerdo con las normas generales de terminación del proceso cautelar; pero por la naturaleza del proceso principal, puede terminar anormalmente así:

1. Por el perdón. Cuando la cautela haya sido tomada dentro del proceso de nulidad, separación de cónyuges o divorcio, y el proceso principal se dé por terminado, por el perdón que hace el cónyuge inocente al culpable, lógica consecuencia será el levantamiento de separación provisoria y aquí vuelven a restablecerse las obligaciones conyugales de todo tipo.

2. Por reconciliación. Si en cualquier etapa del proceso de divorcio o separación, inclusive en las audiencias los cónyuges se reconcilian es decir, vuelve la concordia al hogar debe decretarse el levantamiento de la cautela de separación provisoria y las demás decretadas y practicadas.

VI. EFECTOS DE LA SEPARACION PROVISORIA

A) MATERIALES DIRECTOS

La separación provisoria suspende provisionalmente la vida común entre los cónyuges hasta cuando la sentencia la ratifique o torne en definitiva, o de otro lado la reestablezca. Pero al suspenderse provisionalmente la vida común se suspenden las obligaciones entre cónyuges tales como la satisfacción de las necesidades de orden sexual (cohabitación). La fidelidad (7), si al ser humano se le impide la cohabitación con su compañero o compañera de matrimonio no puede por ello exigirle fidelidad, es decir, que no obtenga dicha satisfacción con otra persona pues se trata de una elemental función vital, sin embargo no falta la sentencia elaboradas con criterio moralista de la edad media que niega la naturaleza humana de los cónyuges.

B) MATERIALES INDIRECTOS

La separación provisional de los cónyuges en nuestro entender al suspender las obligaciones de cohabitación destruirá la presunción de paternidad legítima si se dan los requisitos, exigidos por la ley por qué si uno de los cónyuges la ha pedido y el proceso de separación o divorcio, dura varios años y

la cónyuge dá a luz un hijo después de los 300 días de la separación provisoria aun cuando no se haya dictado la separación definitiva, no podemos presumir dicha paternidad legítima, a menos que se demuestre que el marido lo reconoció como suyo o que existió reconciliación privada de estos (artículo 3 ley 75 de 1968) ¿ Qué sucede si la sentencia niega la pretensión invocada en la demanda ? Se levantará la cautela, se reestablecerá la vida en común de todos los cónyuges y sólo a partir de este época volverán a ser cobijados por la presunción de legitimidad.

—

CITAS 10

- (1) LATORRE, Luis Felipe. ob. cit. p. 36
- (2) SERRA DOMINGUEZ, Manuel. ob. cit. p. 133 " Instrumentalidad : La separación provisional está en función de la sentencia que se dicte en el proceso de estado, de tal manera que no puede concebirse autónomamente, sino en relación con ella. Si la sentencia es estimatoria la medida se convierte en ejecutiva, y si la sentencia es desestimatoria desaparece como tal medida cautelar. En ambos casos la medida cautelar cumple su función al regular hasta el momento de la sentencia la situación de separación. Esta nota de instrumentalidad no se enturbia por el hecho de que cualquier otra medida referente a la situación de los hijos, régimen económico matrimonial, etc., solo pueda adoptarse cuando exista la separación provisional. Esta es realmente la única medida de carácter cautelar específica respecto del objeto del proceso.
- (3) Ibidem, " Temporalidad : El propio calificativo de " provisional " hace referencia a esta característica de la separación, que sin embargo por sí sola no sería suficiente para justificar el carácter cautelar de la medida : su duración en el tiempo. Por su propia naturaleza, la separación provisional de los cónyuges tiene su vida limitada a la duración del proceso principal : de modo que, mantiene su eficacia bien si se interpone la demanda dentro del plazo, o se concede si se ha interpuesto ya que queda sin efecto al terminar el proceso. En consecuencia las demás medidas que regulan las diversas relaciones derivadas de la separación tienen subordinada su vigencia a la de la medida cautelar, cesando sus efectos cuando cesan los de ésta. "
- (4) Ibidem. p. 136 " Como nota circunstancial a las medidas cautelares está la posibilidad de modificación o variación de las mismas en función de las vicisitudes del proceso principal al que están subordinadas. Ello no altera su carácter jurisdiccional y solo afecta a los límites de la propia resolución por una parte, y a los límites objetivos de la cosa juzgada por otra ".
- (5) Ibidem. p. 134-135 " Periculum in mora " : La inevitable duración del proceso, con los inconvenientes que de ella se derivan, justifica la propia existencia de las medidas cautelares. Sin embargo no pueden

conjugarse aquí tampoco los criterios que rigen para los procesos patrimoniales. En el caso que nos ocupa, el peligro de retardo, revestido de una inevitable e importante carga sociológica, se funda en la propia naturaleza del proceso de estado del que puede resultar la separación personal de los cónyuges: Consiste ya en la necesidad de facilitar a la mujer la preparación de la demanda de nulidad o separación, ya en la obvia necesidad de regular provisionalmente la separación como cautela para el mejor desarrollo del proceso. Esto es, el camino procesal que conduce o puede conducir a la separación personal de los cónyuges tiene su desarrollo en tres etapas sucesivas : la fase preliminar de la separación, la separación durante el procedimiento y la situación de separación declarada. El retardo del propio proceso de separación que comienza en la primera fase justifica cumplidamente la adopción de la medida cautelar hasta el momento en que realmente existe la separación ".

- (6) Ibidem. p. 134
- (7) VALENCIA ZEA, Arturo. ob. cit. p. 175 .

EL PROCESO CAUTELAR DE TIPO PATRIMONIAL

EL EMBARGO(1) EL SECUESTRO

11

GENERALIDADES

I. CONCEPTO DE EMBARGO

El embargo constituye la cautela jurisdiccional de tipo patrimonial típica por excelencia, ya que todas las legislaciones la han regulado tomando en cuenta los principios fundamentales elaborados por la doctrina; en ningún estudio de derecho procesal o especializado sobre el tema de las cautelas se le ignora y se le coloca como el centro de las diferentes clasificaciones que de estas se dan, y de una u otra forma los códigos procesales la han consagrado (2).

Lo que sí se puede dejar en claro desde ahora es que esta figura no es una propiedad exclusiva del proceso de ejecución pues como lo veremos se ha consagrado para diferentes clases de procesos.

El embargo no es más que la afectación de bienes a un proceso con dife

rentes finalidades, según la clase de proceso principal que se adelanta, es decir, la proporcionará al juez los medios necesarios para la eficaz ejecución de la sentencia, " Embargo es, pues, toda afectación de bienes a un proceso con la finalidad de proporcionar al juez los medios necesarios para llevar a normal término una ejecución procesal " (3).

Al embargo las legislaciones a través de la historia (4) (5) le han dado diferentes nombres como lo hace notar el profesor GUASP (6) tales como dep~~o~~o sitio, secuestro, retención, ocupación, todos están referidos al embargo.

Inicialmente la Ley 13 de 1843 en la Recopilación Granadina (efectuada por Don Lino de Pombo) se utilizó la palabra embargo, medida esta que podía to marse para el caso del concursado. Así : podemos citar : Ley 13. Junio 13 de 1843 - El artículo 3 numeral 3. Artículo 3. " En el mismo auto en que el juez declare formado el concurso decretará: 1..... 2..... 3. Embargar, inventariar, depositar i avaluar los bienes presentados por el deudor. Los acreedores podrán denunciar bajo su responsabilidad aquellos bienes que en su concepto fueren del deudor, jurando no proceder de malicia, i los que así se denuncien se embargarán , depositarán i avaluarán igualmente; pero si los bie nes que hayan de embargarse se hallan en poder de un tercer poseedor y éste los reclama como suyos, se dejarán embargados en su poder dando la competente fianza a satisfacción del juzgado de entregarlos tales como se hallaban cuando se procedió el embargo, i con todos sus frutos siempre que se declare pertene cer al deudor concursado". " La ley 14 del 22 de Junio de 1842 de procedimien to en los juicios ejecutivos.

Artículo 14 " El juez de la causa, cuando proceda por sí, y el emisio nado para la práctica de las diligencias ejecutivas tienen los siguientes " 1.2.....3.....4. Embargar en el acto los bienes que de la manera ex-

presada le presente el deudor, depositarlos, i hacerlos ~~avaluar~~ evaluar en su oportunidad por peritos evaluadores nobrados por las partes, o por el mismo juez ejecutor en defecto de la que no nombre. 5. Embargar en el acto, depositar i hacer valuar en su oportunidad en los términos del caso anterior, los bienes que tenga el deudor, y cuya declaración le exigirá bajo de juramento, i en el caso de que és te no pague o no manifieste los suficientes para el pago, prestando la correspondiente fianza de saneamiento, embargo, depositar i ..." (7).

Al entrar en vigencia el Código Judicial de la Unión de 1872, se utilizó la nomenclatura " Depósito y Secuestro " del artículo 306 al 319 con el objeto de " Evitar que el juicio sea ilusorio en sus efectos ", es decir, se estaba pensando desde ya en el aseguramiento de la posible sentencia a dictar.

" Debemos anotar también que la terminología " embargo " fue utilizada en el mismo código en el título XI, de los juicios especiales, el relativo al juicio ejecutivo a partir del artículo 931 dando la posibilidad de solicitarlos con la demanda ejecutivo.

El proyecto y código de Ismael Arbeláez (Ley 30 de 1923) a partir del artículo 242 lo reglamentó bajo el título " Embargo y Secuestro Preventivo ", es de anotar que esta efímera legislación entre uno de sus avances fue tratar de conciliar los dos términos e inclusive autorizó estas medidas antes de presentarse la demanda (sistema español vigente).

El Código Judicial de 1931 (Ley 105) incluyó dentro de las acciones accesorias el embargo y secuestro a partir del artículo 273, es decir, estas figuras fueron llevadas a la parte general del mismo código, lo que nos dá a entender que se trata de figuras cautelares (por lo menos eso prueba nuestro legislador) pero que se podían confundir en una sola.

La utilización de esos dos términos Embargo y Secuestro, uno al lado de otro, sin buscar una denominación genérica que los recogiera a ambos, se debía a su equiparación al depósito, pero no se busca realmente su diferencia.

Ahora bien, si partimos de las diferentes definiciones dadas al embargo, observamos hoy en día su confusión, así tenemos :

Eschiche define el Embargo en los siguientes términos : "la ocupación, aprehensión, o retención de bienes hecha con mandamiento de juez competente por razón de deuda o delito. El Embargo tiene por objeto asegurar las resultas del juicio esto es, la satisfacción de la responsabilidad pecuniaria que una persona ha contraído realmente, no es creer haber contraído, sea esa virtud en la obligación civil que emane de la convención o de la ley sea en virtud de algún delito o cuasi-delito que hubiere perpetrado " (8). En nuestro medio se ha definido así : HERNANDO DEVIS ECHANDIA : " el Embargo es un acto judicial mediante el cual se pone fuera del comercio una cosa o a órdenes de la autoridad que lo ha decretado " (9) . En esta definición se ha incluido el efecto importante del embargo como es: sacar los bienes del comercio; cuestión que a nuestro entender no hace parte de la definición, en tal caso, creemos que la definición propuesta por nuestro profesor no se ajusta al verdadero concepto de embargo.

NELSON MORA: " el Embargo es el acto procesal mediante el cual se inmoviliza jurídicamente un bien en cabeza de una persona " (10); esta definición nos parece más ajustada a la legislación colombiana y solamente agregaríamos la palabra " demanda ", es decir, para que la definición nos quedara de esta manera: " es un acto procesal, mediante la cual se inmoviliza jurídicamente un bien en cabeza de la persona demandada ", con ello queremos individualizar más el embargo.

HERNANDO MORALES MOLINA: " el Embargo es una medida establecida para asegurar la eficacia de la demanda del acreedor contra actos del deudor que al enajenar o gravar sus bienes y merme y hasta haga desaparecer el respaldo de sus obligaciones " (11).

ANTONIO J. PARDO: " el Embargo es el mandamiento judicial en virtud del cual se sustrae el bien del comercio en forma que cualquier acto de disposición realizado por el dueño adolece de objeto ilícito, con el fin de asegurar los resultados del juicio penal o civil o facilitar el acto de licitación o venta forzada del mismo para pagar con su producto a los acreedores " (12).

La doctrina internacional ha dicho : " Embargo es pues, toda afectación de bienes a un proceso con la finalidad de proporcionar al juez los medios necesarios para llevar a normal término una ejecución procesal " (13).

LEONARDO PRIETO CASTRO:" El Embargo preventivo es una medida cautelar mediante la cual se priva al deudor, propietario de los bienes que se aprehenden, de su facultad de disponer, y no para usarla el órgano jurisdiccional con el fin de realizarlos y hacer pago al acreedor con el producto, no debe adjudicarlos en pago como sucede con el embargo ejecutivo, sino para afectar el potencial valor de los mismos al pago del crédito que se reconozca en la sentencia que recaiga en el proceso principal, al que está subordinado" (14).

EDUARDO PALLARES:" El Embargo propiamente dicho es un acto procesal por virtud del cual se aseguran determinados bienes, según la naturaleza de los mismos para que estén a las resultas del juicio " (15).

De las definiciones traídas concluimos que se ha reducido el concepto de embargo a algo menos que a su mínima expresión, sin embargo, reservamos las

razones para el capítulo sobre la naturaleza jurídica para no incurrir en repeticiones innecesarias.

Por ahora diremos que el embargo es un proceso cautelar de tipo patrimonial mediante la cual se impide jurídicamente la disponibilidad de bienes, vinculados a las resultas de un proceso.

II. NATURALEZA JURIDICA DEL EMBARGO

A) ES UN PROCESO CAUTELAR

Gran parte de la doctrina define el embargo como acto de tipo procesal incluso nuestro maestro JAIME GUASP, pero en realidad lo observamos detenidamente, el embargo constituye algo más que un simple acto para su realización. Así tenemos que el embargo constituye un proceso y porqué no decirlo, el proceso cautelar patrimonial de tipo, es decir, es éste el que marca la pauta en todas las legislaciones.

Son varios los actos que se requieren para configurar el embargo: acción de embargo (petición), decisión, ejecución, contradicción, etc. por ello afirmamos que estamos frente a la realización total del proceso cautelar.

" El Embargo subsiguiente al requerimiento de pago al deudor en el juicio sumario ejecutivo es de la misma naturaleza que el embargo preventivo, no un trámite de la ejecución, ya que en ésta solamente se entra después de dictada la sentencia de remate (o de condena) que pone fin a dicho juicio.

" Exactamente sucede con el embargo decretado en los casos de condena de hacer, de omitir o de entregar alguna cosa o cantidad líquida cuando la ejecutoria no pudiera tener inmediato cumplimiento, cualquiera que sea la causa

que lo impida, para asegurar lo principal y las costas de la ulterior ejecución (artículo 923, II). El hecho de que el deudor puede librarse de dicho embargo prestando fianza suficiente a satisfacción del juez (artículo 923 III), pone de manifiesto su carácter cautelar y no ejecutorio " (16).

" La jurisprudencia del T.S., en resoluciones muy reiteradas, ha puesto de relieve el carácter no definitivo de las que los tribunales dictan en materia de aseguramiento y embargo (A.2 de Febrero, 1919, S.27 Noviembre 1922 A.9 Febrero 1927, A. 6 Agosto 1927,, A.7 Febrero 1930 y S. 9 Abril 1934, por no citar sino unas cuantas entre el considerable número de ellas que recogen las colecciones), pero ninguna llegó a definir la condición el embargo; el primer intento generalizador se contiene en A. 3 de Abril 1943, en que se dice literalmente lo que sigue: " las diligencias judiciales sobre embargo preventivo van encaminadas a garantizar o a asegurar la efectividad de lo que se resuelva en un proceso ejecutivo o de cognición al cual están ligadas, en la misma relación que guarda lo que es provisional y accesorio con lo que es principal y definitivo de tal suerte, que el embargo preventivo, no obstante la tramitación en cierto modo autónoma que la ley le señala, carece de vida procesal interna independiente, pues to que la situación provisional, que el embargo crea, queda suspendida al asunto principal ejecutivo o de cognición en el que puede ser ratificado o cancelado, si antes no ha sido dejado sin efecto en el mismo proceso cautelar" (17).

B) ES DE TIPO PATRIMONIAL

Los derechos patrimoniales hacen parte de los derechos subjetivos, al lado de los derechos de la personalidad o humanos, y los derechos familiares " como su nombre lo indica son aquellos que se relacionan con el patrimonio económico de la persona. Tiene por fin la satisfacción de las necesidades materiales de la persona, mediante la explotación de las cosas del comercio. La

doctrina más corriente afirma que el carácter esencial de los derechos patrimoniales es el de ser valuados en dinero, el hacer referencia a la medida común de todos los valores " (18) los estudios de derecho civil dan como diferencia fundamental entre uno y los otros, el que los segundos no se encuentre en el comercio humano es decir " jamás podrán relacionarse con el dinero " (19).

Además de lo anterior, puede afirmarse que una de las particularidades de los derechos patrimoniales es la de poderse transferir o transmitir en vida o por causa de muerte lo mismo que sufrir modificaciones al arbitrio de su titular. Los derechos patrimoniales han sido clasificados en : derechos universales entre ellos : Hereditarios, sociales y gananciales; así las cosas el embargo puede recaer sobre cualquier derecho patrimonial de lo antes enumerado. (20).

El profesor GUASP ha llegado a la conclusión de considerar el embargo como un derecho de tipo real (21) al cual le concurren dos características: que recae inmediatamente sobre una cosa y hacerse valer frente a todos.

" Innegablemente, el embargo origina un cuadro peculiar de poderes y deberes para los distintos sujetos procesales que en él intervienen. Fijándose en que por encima la figura es en sí la afectación de un cierto bien físico a un proceso, cabría preguntarse cómo queda alteradas, en virtud de tal afectación, las diversas titularidades jurídicas que sobre tal bien recaen, Importa, determinar la índole de los derechos que aparecen de este modo entre las diversas personas que guardan relación con el bien embargado. Podría pensarse, en primer término, que estos derechos son de naturaleza estrictamente personal, y que por lo tanto, se limitan a conceder nuevos poderes de carácter simplemente intersubjetivos entre las distintas personas que en el embargo actúan. Así cabría hablar

de una nueva potestad personal del juez frente al titular del bien embargado o de un nuevo derecho subjetivo personal del acreedor embargante frente al mismo. Pero el primero sería y lo segundo insuficiente para explicar la verdadera consistencia del embargo. El hecho de que tanto el juez como el acreedor embargante puedan actuar directamente sobre el bien embargado, excluyendo a terceros, obliga a considerar a estos efectos procesales como una situación jurídica que excede del ámbito puramente personal. En consecuencia, no es erróneo hablar, en este sentido, del embargo como un verdadero derecho real, las dos características fundamentales de los derechos reales: recaer inmediatamente sobre una cosa y poderse hacer valer frente a todos, se dan, indiscutiblemente, en el embargo.

" El bien embargado responde de las resultas del proceso de modo indirecto, cualquiera que sea poseedor. Esto explica cómo se concede por el embargo las dos facultades esenciales del derecho real: el ius persecuendi, que autoriza a hacerse con el bien aunque su titularidad haya variado con posterioridad del embargo mismo, y el ius prioritatis, que garantiza al primer embargante en el tiempo la preferencia jurídica en la satisfacción de sus derechos " (22).

Nos separamos del profesor Guasp al considerar el embargo como un derecho real (23) porque está vinculado directamente sobre una cosa, porque no solamente el embargo puede recaer sobre derechos reales sino también sobre derechos personales o de crédito no vinculados a una determinada cosa (embargo de un crédito o también sobre derechos inmateriales, embargo de los derechos de autor y propiedad industrial); se denomina a estos bienes inmateriales de donde no pueden predicarse la vinculación directa a una cosa. Asimismo sobre los derechos universales que no vincula una cosa determinada sino una universalidad de bienes, integrada por la masa de derechos patrimoniales de que era titular el causante.

También debemos separarnos de la consideración del maestro JAIME GUASP, respecto de los derechos de prenda e hipoteca (24) como figuras de naturaleza procesal, " modalidades de embargo " para darles una denominación de embargo anticipada (25). Si bien es cierto estas figuras otorgan al acreedor un derecho real de garantía para asegurar el cumplimiento de obligación predeterminando a una futura ejecución no implica ello que con tales actos (de hipoteca y prenda) se estén realizando " actos " procesales anticipadamente, por fuera de un proceso; y sin la presencia de un juez; la prueba de ello es que éste debe de todas maneras decretar y practicar el embargo sobre los bienes hipotecados o dados en prenda, ello no lo excusa para decir que el acto realizado a voluntad de los particulares es suficiente para configurar un " Embargo ".

" Las mismas prendas e hipotecas no son en sustancia mas que figuras de naturaleza procesal, modalidades del embargo, que cabe llamar, como luego se verá embargo anticipado, pues en sustancia lo que la prenda e hipoteca proporciona a sus titulares no es más que una afectación predeterminada del bien ignorado o hipotecado a la futura y eventual ejecución que puede seguirse para la satisfacción del crédito, habiendo destruído esta fundada reivindicación procesal " (26) (27).

C) IMPIDE JURIDICAMENTE LA DISPONIBILIDAD DE BIENES

Siendo el embargo cautelar una medida de tipo patrimonial que recae sobre bienes y derechos, éstos se ven afectados en su disponibilidad ya que están vinculados a los resultados del proceso en que se ha decretado y practicado,

La disponibilidad alcanza a cualquier acto de enajenación o gravamen de los bienes. La disponibilidad única permitida es la que realizará el juez a nombre del demandado y para la ejecución de la futura sentencia.

III. FUNDAMENTO DEL EMBARGO

Como lo advertimos para el proceso cautelar en general el fundamento del embargo está constituido por el peligro que implica la demora de los procesos y habiendo abordando el tema con amplitud en el fundamento del proceso cautelar nos permitimos a lo dicho allí.

- (1) AYARRAGARAY, Carlos A. " El embargo y el desembargo del Proceso " Revista de Derecho Procesal. Madrid. Publicación Iberoamericana y Filipina 1963. v. 4. 2a. época.
- (2) El Código Civil Alemán lo consagra en el artículo 916 al 935, sección 5a. libro 8. la L.E.C. española los denomina de la misma manera en el artículo 1379. El Código Civil Español lo denomina secuestro en el art. 1785 y s.s. También Italia en el Código de Procedimiento Civil distingue : Secuestro conservativo y judicial en el libro IV. título I. Capítulo III. sección I. art. 670 y 671. El Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación (República de Argentina) distingue embargo preventivo, artículo 209. Código Procesal Civil y Mercantil para Guatemala distingue embargo. art. 297. ss. El Código de Procedimiento para el Estado de Morelos (México) distingue embargo Precautorio art. 673 Colombia, Embargo art. 681, secuestro art. 682. Código de Procedimiento para Bolivia, Embargo preventivo, artículo 158 y secuestro artículo 162.
- (3) GUASP DELGADO, Jaime. ob. cit. p. 419 .
- (4) ROSENBERG, Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Trad. Angela Romero Vera. t. III. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas- Europa - América. 1955. p. 260. " El origen histórico de este embargo preventivo (" arrest ") se encuentra en el derecho alemán; esto es, en el procedimiento contra el delincuente capturado in fraganti, en particular el ladrón. Como ladrón se considera también al deudor incapaz de pago y fugitivo que, si era hallado, podía también ser aprehendido por el acreedor, aun cuando ya se hubiere fugado (llamado arresto del fugitivo). Desde fines del siglo XIII podría también ser aprehendido el deudor cuya fuga se sospechaba; y en el siglo XIV se trató como sospecho de fuga al deudor incapaz de pago o inseguro. Además estaban sujetos al arresto los extranjeros (huéspedes), cuando a pesar del requerimiento no estaban dispuestos al pago (llamado arresto de extranjeros). Si la comunidad del deudor negaba el derecho, podía aprehenderse también a sus miembros (llamado arresto de represalia). Como última clase se encuentra el llamado embargo de la sucesión, que en caso de muerte era originalmente admisible como arresto personal del cadáver; pero más tarde, por influencia de la Iglesia, sólo lo fue como embargo de la herencia. De este procedimiento originalmente de autodefensa se formó en las ciudades, ya antes de la recepción, un procedimiento judicial dirigido con preferencia al embargo patrimonial, muy semejante al derecho recibido de las ciu-

dades de la alta Italia, que surgía de las mismas raíces y servía a la misma necesidad, pero técnicamente era superior al derecho alemán. Así el derecho extranjero aportó innovaciones más en la forma que en el fondo. La más importante fue la separación del proceso de embargo del de la causa principal, mientras en el derecho alemán se resolvía en la misma audiencia sobre ambos. En este aspecto ha prevalecido el derecho extranjero. De la enumeración casuística de los motivos de arresto (embargo), común a ambos derechos, no se ha formado hasta en el siglo XVIII su causa abstracta de frustración, o impedimentos de la consecución del derecho ".

- (5) PRIETO CASTRO, Leonardo ob. cit.
- (6) GUASP DELGADO, Jaime. ob. cit. p. 419
- (7) Código Judicial de los Estados Unidos de Colombia de 1873.
- (8) ESCRICHE. Citado por Antonio J. Pardo. Tratado de Derecho Procesal Civil, Medellín. t. I. ed. Universidad de Antioquia. p. 354
- (9) DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. t. 3, ed. A.B.C. p. 513.
- (10) MORA, Nelson ob. cit. p. 294
- (11) MORALES MOLINA, Hernando ob. cit. p. 219
- (12) PARDO, Antonio J. ob. cit. p. 354
- (13) GUASP DELGADO, Jaime. ob. cit. p. 419
- (14) PRIETO-CASTRO, Leonardo. Tratado de Derecho Procesal Civil. t. 2. Pamplona Ed. Aranzadi, 1892 p. 823.
- (15) PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. 10ed. México Ed. Porrúa S.A. 1977. p. 329 voz embargo.
- (16) HERCE QUEMADA, Vicente ob. cit. p. 14 y 15
- (17) DE LA PLAZA, Manuel. Derecho Procesal Civil Español. v. 2 Madrid. Ed. Revista de Derecho Privado. p. 67
- (18) VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. t. I 6a. Ed. Bogotá. Temis 1980 p. 240
- (19) Ibidem. p. 240. " No obstante, la diferencia principal entre estos derechos y los de la personalidad y los familiares, consiste en que los últimos no se encuentran en el comercio y, en consecuencia, jamás pueden relacionarse con el dinero; en los patrimoniales, en cambio, su nora preponderando es el ser comerciables y poderse relacionar con el dinero directa o indirectamente ".
- (20) SAENZ JIMENEZ, Jesús. LOPEZ FERNANDEZ DE GAMBOA. Compendio de Derecho Procesal Civil, Penal. t. 2 v. II Madrid. Ed. Santillana. 1965. p. 139.

- (21) RAMOS GONZALEZ, José María. El Arbitrio del Embargo. Madrid. Revis
ta Legislación y Jurisprudencia. t. 226. 1969. p. 627.
- (22) GUASP DELGADO, Jaime ob. cit. p. 420-421
- (23) RAMOS GONZALEZ , José María. ob. cit. p. 627
- (24) Ibidem. p. 623
- (25) Ibidem.
- (26) GUASP DELGADO, Jaime. ob. cit. p. 421
- (27) GONZALEZ RAMOS, Jesús María. ob. cit. p. 635

REGIMEN JURIDICO DEL EMBARGO Y SECUESTRO

12

REQUISITOS DEL EMBARGO Y SECUESTRO

I. SUBJETIVOS

El embargo es una figura típicamente jurisdiccional, en que se requiere siempre la intervención del juez; en nuestro medio como lo advertimos para el proceso Cautelar en General, esto puede ser decretado por los " Jueces de Ejecuciones Fiscales " que en nuestro medio son órganos administrativos, lo cual constituye excepción al principio la jurisprudencialidad del proceso cautelar.

El juez del embargo deberá reunir todos los requisitos exigidos para el proceso principal (jurisdicción , competencia, compatibilidad) sin que éstos puedan ser discutidos en el cautelar de embargo, pues son materia del proceso principal.

Respecto de las partes del embargo, lo serán las partes en el proceso principal pues a los terceros no vinculados al proceso no se les puede afectar sus bienes.

II. OBJETIVOS

Tienen especial consideración la materia sobre la que ha de recaer (1) el embargo. Al decir del profesor Guasp en principio lo constituyen los bienes del deudor. Sin embargo, podemos enumerar como requisitos del embargo relativos al objeto los siguientes :

A) RECAE SOBRE DERECHOS PATRIMONIALES

Como lo advertimos anteriormente el embargo puede recaer sobre derechos patrimoniales constituidos estos por los derechos reales: en que se hallan las cosas que además de su corporeidad y de su apropiación alcancen existencia autónoma o individualizada (2); entre ellos los cuerpos sólidos que se consideran unidad desde el punto de vista económico, los cuerpos líquidos y gaseosos cuando son recogidos en recipientes; los inmuebles (fincas, predios) que se individualizan por su sujeto; así mismo puede recaer el embargo sobre universalidad de cosas o conjunto de cosas que tiene una misma destinación como las universalidades del hecho, (biblioteca o almacén), ya que éstos se miran como una sola unidad tanto desde el punto de vista físico como del jurídico. De otro lado, las universalidades de derecho pueden ser objetos de embargo tales como los derechos gananciales de una sociedad conyugal disuelta pero no liquidada; los derechos hereditarios.

El patrimonio de familia constituye una universalidad jurídica por estar destinados a un fin familiar, pero que por expresa disposición de la Ley no pueden soportar embargo.

De otro lado, las relaciones posesorias que se ejercen sobre cosas y que suponen un contacto material y voluntario del hombre con las cosas, un sujeto, y un objeto puede ser objeto de embargo (artículo 515 del C.P.C.). Tamam

bién son objeto de embargo las distintas formas de propiedad como la copropiedad o condominio; la propiedad horizontal. Respecto de la propiedad fiduciaria está al tenor del numeral 13 del artículo 684 del C.P.C. es inembargable. Así mismo los derechos desmembrados de la propiedad como el usufructo " sirve de prenda general de los acreedores en razón de las deudas del usufructuario " (3). Por lo tanto, es susceptible de embargo.

Los derechos de uso y habitación aun cuando estén desmembrados de la propiedad son embargables por razón del artículo 684 del C.P.C. numeral 14 y artículo 1677 original 9 del C.C. .

B) PERTENENCIA DEL DEMANDADO

En principio todos los bienes susceptibles de embargo han de ser de propiedad del sujeto pasivo del mismo, pues no es posible pensar en que los bienes puedan ser de propiedad de terceras personas, no vinculadas al proceso ya que sería injusto desde todo punto de vista que el embargo recayera sobre los bienes no pertenecientes al deudor o demandado.

Esta idea de pertenencia es traída acertadamente por el maestro JAIME GUASP DELGADO (4), para no confundir la pertenencia con la propiedad, ya que sería una prueba diabólica exigir al demandante que demuestre la propiedad de los bienes por embargar sobre todo para el caso de los bienes muebles o no sujetos al sistema de registro.

Tampoco se ha utilizado la expresión " posesión " toda vez que como se verá podría en un momento embargarse derechos que no se tiene en posesión sino en tenencia. Tal sería el caso de la explotación económica de una cosa que se tiene no a título de poseedor.

a) Juramento de Manifestación. La idea de pertenencia es menor a la de posesión. " Por el contrario, el requisito de la pertenencia se satisface cuando los bienes objeto del embargo están o se descubren dentro del señorío físico del deudor, y se emplea el concepto señorío físico para alegar del actual problema todas las cuestiones que se suscitan en torno a la noción de la posesión, no obstante la amplitud con que se construye esta figura por nuestro derecho positivo. Par embargar un bien como perteneciente al deudor, basta pues, con que este bien aparezca sujeto a la misma, cualesquiera que sea los titulares de los poderes y deberes jurídicos sobre el bien de que se trate. Los bienes que el deudor físicamente señorea son embargables prima facie, y a la inversa, en el caso contrario; sin perjuicio de los correctivos que más adelante se detallan" (6). Tan solo se exige la pertenencia en el deudor, es decir, que los bienes que han de soportar el embargo se encuentran dentro del señorío físico, toda vez que el sistema de " Juramento de Manifiesto " no existe en nuestra actual legislación, pero es de anotar, que esta forma de denuncia de bienes por parte del deudor existió en la ley 105 de 1931, artículo 999 inciso e, como intimidación que el juez efectuaba a notificar el mandamiento de pago en los procesos ejecutivos.

" Artículo 999 .- El juez de la causa cuando proceda por sí, o el comisionado en su caso, tiene los deberes siguientes :

" 1. Notificar personalmente al deudor el auto ejecutivo, diligencia que se firma por el juez, el ejecutado, o un testigo, por éste, si no saben si no puede o no quiere firmar y el secretario ".

" 2. Intimar al deudor que satisfaga la deuda que se le demanda, de conformidad con lo dispuesto en el decreto de ejecución,

" 3. Exigirle en el acto que si no cumple la obligación, según lo dispuesto en el ordinal anterior, exponga bajo juramento, si tiene o no bienes para el pago de los que se le demanda y las costas de juicio y cuales ofrece al efecto, y que nombre perito evaluador y secuestre de los bienes que ha de embargarse.

" 4. Si ofrece bienes, advertirle que puede dar caución de saneamiento.

" 5. Decretar inmediatamente el embargo, el secuestro y el avalúo de los bienes ofrecidos por el deudor.

" 6. Si el ejecutado no obedece al mandamiento ni ofrece bienes suficientes para satisfacer su obligación, ni tampoco de la caución de saneamiento dentro del término prudencial que se le señale, decreta el embargo, secuestro y avalúo de los bienes claramente especificados que el acreedor, jurando no proceder de malicia, denuncie como de propiedad del deudor; y

" 7. Dictar sin demora las providencias adecuadas para hacer efectivo el decreto de embargo ". (6).

Al respecto la jurisprudencia de la época dijo " La jurisprudencia según la cual el hecho de que el ejecutado no haya constituido fianza de saneamiento a causa de que el juez hubiera omitido en la notificación del auto ejecutivo requerir al demandando para que prestare la fianza, no puede privar al ejecutante del derecho de denunciar y hacer entrega de nuevos bienes del ejecutado cuando este no ha prestado fianza de saneamiento. La doctrina referente al C.J. anterior no puede abandonarse en el régimen del C.J. vigente porque equivaldría a dejar en desamparo en muchos casos al ejecutante. Además, una recta y equitativa interpretación del ordinario 6o. del artículo 999 del C.J. lleva a

conclusiones semejantes " (7).

" Cuando la parte ejecutada es múltiple no es posible seguir legalmente el juicio con uno solo de los ejecutados mientras no haya hecho el requerimiento de pago a todas las personas que componen esa parte. En la hipótesis de que el demandado requerido de pago que le hubiesen embargado bienes respecto de los cuales no hubiera cumplido las diligencias de depósito y avalúo no podría ese de - mandado, si existen codemandados, después de fallarse desfavorablemente sus excepciones, solicitar que se citara para sentencia de pregón y remate, con apoyo en el artículo 1029 de C.J.. Eso no puede hacerse sino cuando respecto de los demás ejecutados se han llenado la correspondiente diligencia del juicio, entre las cuales está primeramente la notificación del auto ejecutivo " (8).

" Cuando el ejecutado no presente bienes suficientes para satisfacer lo que le demanda, dando caución, de saneamiento para garantizar que tales bienes le pertenecen y que son de valor suficiente para la cancelación de la deuda y las costas, es legal el embargo que se haga de bienes del mismo ejecutado mediante denuncia del acreedor, la suficiencia del valor de esos bienes la apre- cia o clasifica el juez executor; pero esto no quiere decir que debe prescindirse de la caución de saneamiento pues la ley la exige sin distinción alguna. Es ésta la recta interpretación de los artículos 999 (ords. 4o. y 6o.) y 1016 del C.J.. Fuera de la caución de saneamiento tiene el ejecutado otro medio pa- ra impedir el embargo de bienes y hacer cesar el que haya hecho: consignar una cantidad suficiente como caución para el pago de la deuda y las costas , como lo dispone el artículo 1018 del mismo código. Lo dispuesto en el artículo 66 decreto 1020 de 1936, no está en oposición con estas normas del C.J. " (9).

" El acreedor sólo podría denunciar bienes bajo juramento, sin que se

le pudiera exigir la prueba de la propiedad, cuando el deudor no cumplía con su obligación de denunciar sus bienes para que fueran embargados. Al respecto dijo la jurisprudencia de la época : " para decretar el embargo de bienes dentro del juicio ejecutivo, la ley no exige que el actor presente la prueba de que los bienes cuyo embargo pretende, pertenecen al deudor, El ord. 6o. del artículo 999 del C.J. exige sólo que el acreedor, jurando no proceder de malicia, denuncie como de propiedad del deudor determinados bienes claramente especificados " (10).

En la ordenanza procesal alemana a partir del artículo 899 se consagra el " Juramento de Manifestación o Prisión " ; convirtiéndose en la obligación de presentar un inventario bajo juramento de los bienes que le pertenecen para su embargo, convertible ésta obligación en arresto del deudor.

" El juramento de manifestación como medio auxiliar de la ejecución, único considerado aquí, es una especie de juramento judicial que no puede ser suplido por ningún otro medio probatorio, como el aseguramiento, confirma la verdad del inventario del patrimonio presentado por el deudor.

En ese inventario debe incluir el deudor todo su patrimonio activo, de acuerdo con su saber; es decir, todas las cosas y derechos estimables en dinero, aun cuando sean inembargables (de otro modo RGStrS, 71, 302); y designar; respecto a créditos y otros derechos, la causa de hacerlo, la causa de impedimento (RG 62, 352); pero también indicará, si bien no está ordenado, el lugar en que se encuentran las cosas muebles (RGS trS, DR, 1939, 3634 = HRR, 1939, 717) y donde viven o se encuentran sus deudores; porque el juramento de manifestación, y el inventario debe permitir la ejecución en los objetos indicados . En caso de ser incompleto o confuso el inventario, puede pedir el acreedor que

se complete; también cuando se haya presentado y jurado en un procedimiento tramitado por otro acreedor (LG, Dusseldor, JW, 1938, 3256). Por el contrario, no existe obligación de manifestar la enajenación impugnada de parte del patrimonio y ni de dar informes sobre su paradero (KG, HRR, 1938, 1368 = JW, 1938, 2685, ZZP, 62, 101) o anunciar la posterior adquisición. El deudor comparece, pero se niega a prestar el inventario del patrimonio o a prestar juramento, sea sin causa, sea luego de rechazarla (véase supra, b), o no comparece: entonces a instancia del acreedor, que pueden presentarse también con anterioridad por escrito (sobre esto OLG, Kassel, ZZP, 50, 223), se ordenará mediante auto el arresto (no multa; & 901), para obligar a prestar el juramento y se dictará un mandamiento de detención (& 908), que en ambos casos tiene los mismos efectos (véase infra 5; HUYKE, ZZP, 56, 376, con bibliografía; de otro modo por ejemplo OLG, Kassel, ct, y nd) y tiene el significado de un testimonio judicial que constituye el fundamento para realizar la orden de arresto (& 909 ; para esta diferencia entre la orden de arresto y el mandamiento de detención, también - DIEMAYR, ZZP, 62,47).

Luego de la orden de arresto no puede el deudor surtir la prestación de juramento, por la emisión de una declaración de seguridad (ZWVO, & 10 , III, 2) " (11).

" La obligación de prestar el juramento (llamado de manifestación en el derecho común) se desarrolló en el derecho italiano medioeval, la glosa lo conceptúa como juramento purgatorio (de la sospecha de ocultación de cosas). La ord. gral. de Trib prusiana (I, 22,33) lo considera como juramento promisorio. El Derecho Francés no lo conoce " (12).

b) Embargo de bienes en poder de terceros. De otro lado, el embargo

puede recaer también sobre bienes que le pertenecen al demandado sin que se en cuentre en su poder, como aquellos cuya tenencia la detecta un tercero.

El embargo sobre éstos bienes implicará una orden de retención dirigida al tercero tenedor (arretatorium) a fin de que no haga entrega material de los bienes a su poseedor, pues ésta sólo podrá efectuarse al respectivo secuestro, encargado de vigilarlos, administrarlos, conservarlos, etc.. Así mismo el embargo supone la orden de abstención (inhibitorium) de recuperación de los bienes dirigida contra el embargo, es decir, que el demandado pierde la posibi lidad de exigir los bienes a su tenedor, pues estos quedan afectados a las re sultas del proceso (13).

c) Pertenencia discutida. Sin embargo, en algunos casos la pertenencia en el deudor puede ser discutida bien sea por omisiones o por acciones positi vas de éste. Veámoslo :

1. Por omisiones del demandado. Acción oblicua. Como es sabido el deu dor puede abstenerse de aportar a su patrimonio bienes de los que ostenta la posesión y puede haber ganado por prescripción, a fin de que sus acreedores no puedan satisfacer sus créditos.

El código de procedimiento civil ha autorizado a los acreedores para iniciar el respectivo proceso de pertenencia (413 & 2 del C.P.C.) a fin de que los bienes entren a su patrimonio y así poder embargarlos.

Otra forma de integrar el patrimonio del deudor como acción oblicua es la consagrada en el artículo 1259 del C.C.. "Los acreedores del que repudia en perjuicio de los derechos de ellos, podrán hacerse autorizar por el juez para aceptar por el deudor. En ese caso la repudición no se rescinde sino en favor

de los acreedores, y hasta concurrencia de sus créditos; y en el sobrante subsiste. " La facultad de repudiación de la herencia por un asignatario no es irrestricta ni ilimitada y no puede ir nunca en perjuicio de los intereses de los acreedores: de ahí los principios consagrados de los artículos 1295 del C.C. y 909 del C.P.C. " (14).

De la misma manera en el caso del artículo 1451 del C.C.. " No dona el que repudia una herencia, legado o donación, o deja de cumplir la condición a que está subordinado un derecho eventual, aunque así lo haga con el objeto de beneficiar a un tercero, los acreedores, con todo, podrán ser autorizados por el juez para sustituirse a un deudor que así lo hace, hasta la concurrencia de sus créditos; y del sobrante, si lo hubiere se aprovechara el tercero ".

Artículo 2023 del C.C.. " Si por el acreedor o acreedores del arrendador se trabare ejecución y embargo de la cosa arrendada, subsistirá el arriendo y se sustituirán el acreedor o acreedores en los derechos y obligaciones del arrendador ". Si se adjudicare la cosa al acreedor o acreedores, tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 2020.

El artículo 2026 : " La insolvencia declarada del arrendatario no pone fin necesariamente al arriendo. El acreedor o acreedores podrán sustituirse al arrendatario, prestando fianza a satisfacción del arrendador. No siendo así, el arrendador tendrá derecho para dar por concluido el arrendamiento; y le competirá acción de perjuicios contra el arrendatario, según las reglas generales".

Artículo 2489 ; del C.C.. " Sobre las especies identificables que pertenecan a otras personas por razón de dominio, y existan en poder del deudor insolvente, conservarán sus derechos los respectivos dueños, sin perjuicio de

los derechos reales que sobre ellos competan al deudor, como usufructuarios o prendario, o del derecho de retención que le concedan las leyes; en todos los cuales podrán subrogarse los acreedores. Podría asimismo, subrogarse en los derechos del deudor como arrendador o arrendatario, según lo dispuesto en los artículos 2023 y 2026 ".

2. Por acciones positivas del demandado. Acción Pauliana. Constituye también una acción reintegradora del patrimonio del deudor. Consiste en la posibilidad que tienen los acreedores para impugnar las enajenaciones efectuadas por su deudor con fraude a sus intereses. Son sus elementos esenciales: el *eventus damni*, es decir, que la enajenación cause daño al acreedor y el *concilium fraudi*, crea el concierto de fraude entre el comprador y el vendedor. Esta acción está consagrada en el artículo 2491 del Código Civil " En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o a la apertura del concurso, se observarán las disposiciones siguientes :

" 1. Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos; y las hipotecas, prendas y anticresis que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, siendo de mala fé el otorgante y el adquiriente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero.

" 2. Los actos y contratos no comprendidos en el numero precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fé del deudor y el perjuicio de los acreedores.

" 3. Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores, expirarán en un año, contando desde la fecha del acto o contrato " al respecto a dicho nuestra jurisprudencia ; " en el ejercicio de la acción pauliana debe distin

guirse dos clases de contratos: a título oneroso y a título gratuito, distinción consagrada en el artículo 2491 del C.C., en sus ords. 1 y 2. Tratándose de los primeros dicha acción está condicionada por dos circunstancias esenciales, el eventus damni, o sea que el acto ejecutado haya causado o cause un perjuicio a los acreedores, y el concilium fraudis, que es el entendimiento del deudor y el tercero, con el fin de defraudar a los acreedores. No interesa que ése entendimiento haya sido para celebrar un contrato serio o un pacto simulado; basta el concilium fraudis y por eso, en la acción que se viene estudiando, puede pedirse la invalidéz ya de los contratos serios, ya de los pactos simulados; en que exista o haya existido. Fuera de ésto, puede también impetrarse la acción de nulidad respecto de los bienes cedidos o concursados y de que el deudor ha dispuesto después de verificado alguno de éstos dos fenómenos. Cabe advertir aquí, que aunque el código se vale de la palabra nulidad, ésta expresión no es técnicamente jurídica, pues en rigor lo que ocurre es inoponible del contrato serio contra el derecho del tercero que con esa acción define el daño de referencia. En tratándose de los actos a título gratuito, basta la mala fé del deudor y el perjuicio de los acreedores. El concilium fraudis, acto bilateral, que reemplaza por un acto unilateral, del deudor, que constituye el animus nocendi, por parte de éste y que tiene un fundamento filosófico y jurídico muy sólido a saber: ante la obligación que tiene el deudor de pagar a sus acreedores y cumplir sus obligaciones y compromisos para con estos, no les es permitido hacer actos de liberalidad que vienen a disminuír su patrimonio y a perjudicarlos. Un deudor en estado de insolvencia tiene evidentemente animus nocendi al hacer pacto de liberalidad y esos pactos no han de celebrarse precisamente con terceros, pueden también ser celebrados con acreedores del deudor. Entonces los demás acreedores perjudicados por ese acto, pueden ejercitar la acción pauliana, aún en tratándose de contratos onerosos, porque los acreedores no tienen sino los privilegios expresamente establecidos por la ley para hacerse pa

gar sus créditos; y el deudor no tiene la facultad de crear privilegios, ad libi-
tum. Así una garantía hipotecaria que viniera a asegurar una obligación personal
del deudor, podría ser demandada por los demás acreedores. Y cabe también obser-
var que respecto de actos gratuitos los individuos no son enteramente libres de
ejecutarlos, sino cuando no sean insolventes, y por eso la ley requiere formali-
dades como la de la insinuación para las donaciones de más de Dos Mil Pesos (C.
C., artículo 1458). Pero podría preguntarse si la acción pauliana se refiere
exclusivamente a los dos casos contemplados en el artículo 2491 del C.C., y la
respuesta a este punto es negativa. Fuera de estos casos existen otros tanto
por disposición expresa por la ley como por rectas deducciones de la jurisper-
dencia. La generalidad de los actos como lo sostiene DEMOGUE (*traité des obli-*
gations en général, t, VII) pueden ser atacados por la acción pauliana y esta
acción se admite respecto de los actos patrimoniales. Por aplicación de este
principio puede existir esta acción respecto de un arrendamiento prolongado,
contratado por el deudor, como arrendador, el aporte de bienes a una sociedad
para hacer escapar bienes del deudor aportante de la persecución de los acreedo-
res; la opción verificada por el deudor, un pacto de indivisión entre los cohere-
deros, una caución ya personal, ya real. Dicha acción está establecida en otros
textos legales como en los artículos 1441, 1451, 1251, 1636, 862 del C.C.. y
162 y 163 del C. de Co. sin que esta enumeración sea taxativa " (15).

De la misma manera esta acción es consagrada en el artículo 862 del C.C,
" Los acreedores del usufructuario puede pedir que se le embargue el usufructo,
y se les pague con él hasta concurrencia de sus créditos, prestando la competen-
te caución de conservación y restitución a quien corresponda. Podrán, por con-
siguiente, oponerse a toda cesión o renuncia del usufructo hecha con fraude de
sus derechos. "

También se consagra una forma de acción paulina en el artículo 1441 del C.C.. " Las enajenaciones de bienes del difunto, hechas por el heredero, dentro de los seis meses subsiguientes a la apertura de la sucesión, y que no hayan tenido por objeto el pago de créditos hereditarios o testamentarios, podrán rescindir a instancia de cualquiera de los acreedores hereditarios o testamentarios que gocen del beneficio de separación. Lo mismo se extiende a la constitución de hipotecas especiales ".

Por Acción de Simulación. Los acreedores pueden intentar la acción de simulación con el objeto de que los bienes que jurídicamente han salido del patrimonio del deudor regresen a él para poder ser embargados, siempre y cuando se den tres condiciones esenciales para configurarla: A) Disconformidad conciente entre lo declarado y lo querido realmente. b) Acuerdo de las partes en producir esta disconformidad entre la voluntad interna y la declarada. C) Fin de perjudicar a terceros " (16).

" Interés Jurídico para demandarla. Existe en derecho un principio general según el cual sin interés no hay acción. Este principio es desde luego aplicable cuando se ejercita la acción de simulación. Puede afirmarse que todo aquel que tenga un interés jurídico, protegido por la Ley, en que prevalezca el acto oculto sobre lo declarado por las partes en el acto ostensible, está habilitado para demandar la declaración de simulación.

" Este interés puede existir lo mismo en las partes que en los terceros extraños al acto, de donde se sigue que tanto aquellas como éstos están capacitados para ejercitar la acción.

" Más para que en el actor surja el interés que lo habilite para deman

dar la simulación, es necesario que sea actualmente titular de un derecho cuyo ejercicio se halle impedido o perturbado por el acto ostensible, y que la conservación de ese acto le cause un perjuicio.

" El interés viene a ser de esta manera la consecuencia de un perjuicio sufrido por la persona que demanda la simulación, perjuicio que no consiste, simplemente, en cualquier consecuencia que pueda derivarse de la celebración del acto; es indispensable que este vulnere real y efectivamente los derechos de quien se dice lesionado, porque quedar anulados o sufrir menoscabo en su integridad.

" El interés que debe existir en quien alega la simulación ha de traducirse en un perjuicio actual, no eventual, y ha de ser un perjuicio cierto, no simplemente hipotético; el derecho que se lesiona con la celebración del acto simulado lesión de la cual deriva el interés jurídico del demandante, debe existir el tiempo de deducirse la acción, porque el derecho no puede reclamarse de futuro " (17).

" El Tercero puede demandar la efectuada por su deudor. Al amparo de un interés legítimo el tercero puede demandar la simulación efectuada por su deudor y su situación lo coloca en posibilidad de probar el acto simulado valiéndose aún de la prueba de indicios " (18).

C) HOMOGENEIDAD PERO NO IDENTIDAD CON LAS MEDIDAS EJECUTIVAS

Además de la homogeneidad de tipo general que debe tener todo proceso cautelar el embargo, en especial, debe tener una homogeneidad de tipo cualitativo y otra de tipo cuantitativo.

a) Cualitativa. El embargo deberá tener una homogeneidad con la ejecución de la futura sentencia, es decir, el embargo cautelar deberá apuntar a lo

que se realizaría si la sentencia ya estuviese dictada por lo tanto existen dos criterios para determinarla :

1. Especial o singular. Este criterio conduce a que sólo es posible embargar en un proceso bienes particulares y determinados por dos razones diferentes: la primera por tratarse del objeto específico del proceso, si, por ejemplo, en los procesos ordinarios en donde se discuten el dominio de bienes muebles, solamente podría embargarse los bienes objeto del proceso.

También se puede citar como ejemplo el embargo previo del bien que ha sido prometido en venta y del que el juez suscribe la escritura pública correspondiente; en tal caso sólo es posible embargar esos y únicamente esos bienes. La segunda: cuando el bien ha sido señalado anticipadamente como garantía de créditos, es decir, estamos frente a los bienes que soportan la hipoteca o la prenda; en tales casos deberá embargarse en el proceso hipotecario los inmuebles que soportan dicha hipoteca y sólo podrán soportar la medida otros bienes cuando éstos no alcancen para cubrir la totalidad del crédito, éste sistema viene desde el código judicial de los Estados Unidos de Colombia de 1872 en el artículo 956 " si hubiere bienes especialmente hipotecados para el pago de la deuda, se embargarán de preferencia, a menos que también haya dinero sonante, que se aplicara siempre ante todo, Pero tan luego como aparezca que la hipoteca es insuficiente, podrá mejorarse la ejecución en otros bienes ".

2. General o común: Este criterio apunta a la posibilidad de que el embargo puede recaer sobre varios bienes del deudor porque ellos constituyen la prueba general de acreedores, es decir, no existen bienes que sean objeto del proceso, ni han sido señalados anticipadamente como garantía del crédito; en tal evento, la garantía la constituirán todos los que integran el patrimonio del

deudor.

Sin embargo, es de anotar que en nuestra legislación existió un orden pre establecido de bienes del deudor que constituyen la prenda general de acreedores, para embargar, tal y como acontece en la actualidad en la ley de enjuiciamiento civil española en el artículo 1447. En nuestra legislación se consagró en el artículo 954 del código de Estados Unidos de Colombia en 1872 " El orden en que debe hacerse el embargo de los bienes manifestado por el deudor, o denunciados por el acreedor, es el siguiente:

" 1. En dinero sonante;

2. En bienes muebles;

3. En bienes raíces;

4. En la mitad del sueldo, o de la renta o pensión que por su empleo, oficio o profesión, o por cualquier otro motivo goze el ejecutado;

5. En los créditos que el deudor tenga a su favor, prefiriendo los de más fácil realización cobro, a juicio del acreedor; y

6. En cualquiera otra cosa que se denuncia o manifieste como de propiedad del deudor " (19).

Además de la anterior orden quedaba a voluntad del acreedor quien podía modificarlo, pero estaba sujeto posteriormente al embargo de dinero " el orden establecido en el artículo anterior puede variarse a voluntad del acreedor, siempre que no haya dinero contante con qué satisfacer la cantidad demandada; y a voluntad del mismo acreedor que dá el que se embargue menos de la mitad del sueldo o de la renta o pensión de que goze el ejecutado " (20).

3. Inembargabilidad. (21). Así mismo, la ley ha establecido una lista de bienes que por su ministerio son inembargables, o sea, a los cuales no se

extiende, la prenda general de los acreedores, lo cual constituye una excepción a la universalidad de bienes de deudor (22) que se puede clasificar así (23) :

a. Por razones de interés público. Son los que establecen la inembargabilidad frente a los bienes del estado, la administración que hace pública así tenemos que no son embargables los bienes de uso público, en los que se incluye tanto los bienes nacionales de uso público (24), los bienes estatales (25) y de otro lado corresponden a ésta categoría lo incluido en el numeral 2, 3, y 4, del artículo 684 del C.P.C. " bienes inembargables". Además de los bienes inembargables de conformidad con leyes especiales, no podrán embargarse :

1. Los de uso público (C.C. 674).

2. Los destinados a un servicio público cuando este se preste directamente por un Departamento, una Intendencia una Comisaría, un Municipio, o un establecimiento público, o por medio de concesionario de éstos; pero podrá embargarse hasta la tercera parte de los ingresos del servicio. Cuando el servicio lo presten particulares, podrán embargarse los bienes destinados a él, así como la renta líquida que produzcan, el secuestro se practicará como el de empresas industriales.

3. Las dos terceras partes de la renta bruta de los Departamentos, Intendencias, Comisarías, y Municipios.

4. Las sumas que para la construcción de obras públicas se hayan anticipado o deban anticiparse por las entidades de derecho público a los contratistas de ellas, mientras no hubiere concluido su construcción, excepto cuando se trate de obligaciones en favor de los trabajadores de dichas obras, por salario, prestaciones o indemnizaciones sociales " (26).

b. Por razones de intereses sociales. Son los que establecen inembargabilidad frente a particulares pero que en ellos están interesados la sociedad tales como los consagrados en los numerales 5,6,7,8,9, del artículo 684 del C.P.C. (27) (28).

c. Por razones de intereses privados. Están excluidos de la posibilidad de embargo los bienes que le corresponden al deudor para su uso cotidiano y su alimentación ya que sin ello se atentaría contra la propia dignidad de las personas. Corresponden a esta clasificación los numerales 10, 11, 12, 13, 14 del artículo 684 del C.P.C. " 10. Los utensilios de cocina y los muebles de alcoba que existan en la casa de habitación de la persona contra quien se decretó el secuestro, y las ropas de la familia que el juez considere indispensable a menos que el crédito provenga del precio del respectivo bien. 11. Los utensilios, enseres o instrumentos necesarios para el trabajo individual de la persona contra quien se decretó el secuestro, a juicio del juez, con la salvedad indicada en el numeral anterior. 12. Los artículos alimenticios y el combustible para el sostenimiento de la persona contra quien se decretó el secuestro, y de su familia durante un mes, a juicio del juez. 13. Los objetos que posean fiduciariamente (C.C. 794) 14. Los derechos personalísimos e intransferibles, como los de uso y habitación (C.C., 870). "

" Según los artículos 1677, inciso 2, 2488 y 2492 del C.C., todos los bienes, en general son embargables. Con todo, la ley establece varios casos de inembargabilidad que puede ser total o parcial.

" De conformidad con el artículo 1003 del C.J.C., son inembargables las dos terceras partes de las rentas de los Departamentos y Municipios, y embargable sólo la tercera parte. Dicho artículo no precisó si se trata de la renta

bruta o líquida, es decir, si hay necesidad o no de deducir previamente todos los gastos indicados por la ley. Si ésta última fuera la interpretación, se podría hacer nulatorio el derecho de los acreedores, puesto que el embargo, en esas condiciones muchas veces no produciría resultado práctico alguno.

¿ Qué objeto tendrá ese embargo cuando las entidades públicas en sus presupuestos dedican normalmente el producido de las rentas o gastos determinados y precisos ?

" De otro lado, en el artículo, 1003 quizo el legislador evitar el perjuicio que acarrearía a la colectividad una paralización de los servicios públicos. Para obviar los escollos apuntados, la norma acogió un término medio: la embargabilidad de la tercera parte y la inembargabilidad de las dos terceras " (29).

b) Cuantitativa. Como lo advertimos anteriormente la homogeneidad nos guía hacia la ejecución de la sentencia; por lo tanto, cuantitativamente el em bargo debe tener homogeneidad con la sentencia que se dictara en el proceso, es decir, cuantitativamente deberá tener límites que no exageren la ejecución mis ma; es por ello que el embargo debe ser acorde a la pretensión, respecto de su monto; al respecto existen dos criterios para embargar.

1. La totalidad. En algunos procesos no se persiguen con limitación cuantitativa los bienes del deudor sino que el embargo pueda recaer sobre todo su patrimonio; tal es el caso de los procesos de ejecución universal como la quiebra y el concurso de acreedores, pues en éstos es necesario embargar todos los bienes que éste posee para satisfacer los créditos que por lo general son insuficientes para ello. " En efecto la afectación de bienes a un proceso, en que

el embargo consiste, en caso de tratarse de una ejecución universal, se traduce, por esta misma característica a un ligamento de todos los bienes del sujeto pasivo de la ejecución, así ocurre precisamente en los llamados juicios universales, especialmente en los concursales: concurso de acreedores y quiebra, donde una de las primeras actuaciones que hay que realizar, tras su postura, es la de apoderamiento de todos los bienes del deudor, apoderamiento que el derecho positivo conoce con el nombre de embargo, y también con el de ocupación en sustancia no distinto del anterior. Claro está que la universalidad del embargo no quiere decir que sean también embargables los bienes exceptuados que antes se indicaron; antes al contrario, aquí puede aplicarse la lista de excepciones mediante la concepción al deudor del disfrute de ciertos bienes o la entrega de ciertas cantidades en concepto de alimentos " (30).

2. Lo suficiente. En ciertos procesos el embargo debe estar limitado cuantitativamente a los que sea suficiente para el pago o satisfacción de la pretensión, pues en lo posible debe hacerse la situación menos gravosa para el ejecutado. El juez deberá salir al paso para impedir cualquier abuso en que puedan incurrir ciertos demandantes.

D) TAXATIVIDAD DEL EMBARGO Y SECUESTRO DE BIENES

Como lo anotamos en las características del embargo, para el proceso civil colombiano, éstas son taxativas (31), es decir, en donde la ley no autorizó las cautelas no es posible decretarlas o practicarlas, aun cuando se alegue ser similar o parecido el caso daría lugar a la aplicación de la analogía. Las medidas de embargo y secuestro no tienen una misma finalidad (32) en todos los casos la cual pasamos a exponer también :

a) En el proceso ordinario. Cuando se siga el trámite ordinario y verse

sobre el dominio u otro derecho real principal constituido directamente, o como consecuencia de una pretensión distinta o sobre una universalidad de bienes de cualquier naturaleza, sobre bienes no sujetos a registro (muebles), el juez, a petición del demandante, podrá decretar el secuestro de ellos. Este secuestro busca asegurar la entrega del bien si la parte demandante resultare triunfante y estos no desaparezcan o se desmejoren en manos del demandado. Esta cautela puede ser tomada en cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia de segunda instancia. Si el demandante pretende la práctica de la cautela antes de la notificación del auto admisorio de la demanda deberá prestar caución y hacer la solicitud en el momento de presentar la demanda en escrito separado.

b) En los procesos de nulidad, divorcio del matrimonio civil, separación de bienes y liquidación de la misma sociedad conyugal (33). Para esta clase de procesos se autoriza el embargo y secuestro de bienes, tanto muebles como inmuebles, que puedan tener el carácter de gananciales y se encuentran en cabeza del otro cónyuge; éstas medidas tendrán vigencia hasta la ejecutoria de la sentencia que pone fin al proceso, si esta sentencia ha ordenado la liquidación. Nótese que el artículo 691 del C.P.C. no autorizó estas medidas para el proceso de separación de cuerpos. La finalidad de estas medidas en estos procesos es impedir que los bienes sean ocultados, distribuidos o transferidos, por uno de los cónyuges en detrimento de los derechos del otro; se pretende que los bienes concurren al respectivo inventario distribuidos equitativamente. Estos bienes que integran la masa corren grave peligro, por la mala fé de la mayoría de los casos, de uno de los cónyuges; la prueba de ello es que sobre los bienes sujetos a registro se autorizó el embargo que produce efectos más rigurosos que el registro de la demanda, como son, sacar los bienes del comercio (artículo 691 del C.P.C.).

c) En los procesos ejecutivos singulares y concursales. Cuando la base de la ejecución sea un título que, según la ley, tiene fuerza ejecutiva (artículo

488 del C.P.C.), podrá decretarse y practicarse el embargo y secuestro de bienes del deudor para el aseguramiento del pago, y en su caso con el producto de ellos satisfacer la pretensión ejecutiva; también para el proceso ejecutivo, como título hipotecario o prendario y ejecutivos para el cobro de deudas fiscales.

Cuando dentro de los procesos de alimento, nulidad de matrimonio, divorcio, etc., se ha señalado alimentos provisionales para los hijos o cónyuge, podrá dentro de los mismos procesos y en cuaderno separado adelantar la ejecución, autorizándose desde luego las medidas de embargo y secuestro.

Cuando un no comerciante se halle en estado de insolvencia, deberá decretarse el embargo y secuestro de los bienes del concursado para la satisfacción máxima de los créditos (artículo 569 del C.P.C.).

El auto que declara la quiebra deberá ordenar entre otras cosas, el embargo y secuestro de los bienes del fallido, con los que se formará la masa de bienes de la quiebra y con los que se satisfecerá, en lo posible los créditos (1946, 2 del C. del Comercio) (34). También cuando dentro de este proceso se ejercen las acciones de renovación y simulación podrá pedirse el aseguramiento de los bienes con las medidas de embargo y secuestro, entre otras (35).

d) En el proceso de lanzamiento. Cuando se demanda el proceso de lanzamiento, con base en la causal " mora en el pago de la renta " y se solicite en la misma demanda el derecho de retención que consagra el artículo 2000 del C.C., podrá pedirse en la demanda o en cualquier estado del proceso, el secuestro de los bienes del arrendatario para garantizar el pago de las mensualidades adecuadas; pero la ejecución será en proceso separado una vez se dicte la sentencia que decrete el lanzamiento, en donde se van a sentir los efectos los embargos y secuestro practicados (art. 434.11 C.P.C.).

e) En los procesos de restitución de tenencia. En los procesos en que se solicite la restitución de la tenencia de bienes muebles el demandante, se podrá solicitar el secuestro del bien objeto de la restitución para garantizar su entrega al término del proceso (artículo 435 C.P.C., inciso final). Es de anotar que ésta restitución no se refiere al caso del proceso de lanzamiento que es una restitución de bienes muebles; sólo opera para el caso de bienes muebles, en todos estos casos sigue el proceso el trámite del proceso abreviado. El código del comercio, en su artículo 948, dispuso que para el caso de mora del comprador en el pago del precio tendrá derecho el vendedor a pedir la restitución de la cosa vendida; esta restitución será consecuencia de la resolución del contrato de compraventa, a la cual, en tratándose de mercantil, el código de comercio le ha dado el trámite de un proceso de restitución de tenencia, sin importar la cuantía; además autorizó el embargo y secuestro preventivos de la cosa, medidas que en el caso de compraventa no mercantil, sólo operaría en tratándose de muebles y para inmuebles el registro de la demanda .

f) En los procesos de pago por consignación. Procede el secuestro cuando la oferta de pago se refiere a un bien. Si el demandado no se opone a la demanda en que se hace la oferta, el juez señala fecha y hora para la diligencia y si el acreedor no concurre a ella o se niega a recibirla, nombrará un secuestre, a quien le hará entrega del bien ofrecido; si el demandado se opuso a recibir el pago el juez señalará fecha y hora para el secuestro de la cosa y estará a las resultas del juicio (artículo 437).

g) En los procesos de declaración de bienes vacantes o mostrencos. Está autorizado el secuestro de los bienes respecto de los cuales se ha pedido declaración de vacantes o mostrencos; su secuestro debe ser decretado en el auto admisorio de la demanda (artículo 439 inc. 2 C.P.C.). Su finalidad no es otra que asegurar la entrega de ellos a la entidad a la cual deba efectuarse la adjudicación.

h) En los procesos divisorios. Dispone del artículo 471, numeral 7, inciso 3 del código de procedimiento civil exige el secuestro de bienes muebles como necesario para su venta en subasta. Consideramos que, frente a esta norma, debió consagrarse el secuestro también para el caso de rematar inmuebles con objeto de la división ad-valorem; pues los rematantes miran con cierto escepticismo un bien que no ha sido secuestrado ya que es éste el que le garantiza la entrega de la cosa al licitante triunfador. Este punto debe ser considerado en el ajuste al código de procedimiento civil.

i) En los procesos de restitución de la cosa vendida con pacto de reserva de dominio. En materia civil, este pacto solo es posible en bienes muebles y su restitución se tramita por el proceso verbal, al tenor del artículo 442 numeral 2 del C.P.C.. Pero cuando se trata de materia comercial, este pacto puede constituirse sobre bienes muebles e inmuebles del artículo 952 del Código de Comercio; su restitución, en caso de incumplimiento del comprador, se tramitará por un distinto procedimiento que es el abreviado dispuesto para los casos de restitución de tenencia; estas medidas están autorizadas por el artículo 966 del C. de Comercio, que remite al 948 del mismo Código y en este caso solo serán procedentes los secuestros ya que si el vendedor tiene reserva de dominio de la cosa, aun cuando se haya registrado la escritura, el comprador no podrá enajenar el inmueble pues su inscripción en el registro es la columna tercera del folio de matrícula inmobiliaria. Una vez el comprador pague la totalidad del precio adquirirá la propiedad (art. 952 inc. 2 del C. de Comercio) y su inscripción ahora se efectuará en la columna primera, que es la correspondiente a las adquisiciones; por lo tanto, el embargo no se podrá efectuar ya que el bien no está en cabeza del comprador. La finalidad de estos secuestros no es otra que asegurar la entrega de la cosa al vendedor cuando la sentencia así lo ordene.

j) En los procesos cautelares relativos a la protección de la propiedad industrial. En estos procesos cautelares, entre otras cautelas autorizadas por

practicar, se encuentran el secuestro de las maquinarias con que el usurpador fabrica los elementos productos y artículos, con violación de los derechos de su legítimo titular. (art. 568, 581, 597 del C. de Comercio).

k) En los procesos relativos a protección de la propiedad intelectual.

En este proceso cautelar, cuando se ha demandado o se pretende demandar el proceso correspondiente sobre derechos de propiedad intelectual, podrá solicitarse el secuestro preventivo de toda obra, edición, ejemplares del producto que se haya obtenido con las enajenaciones o alquileres de tales obras, ediciones o ejemplares y del monto de los espectáculos teatrales, cinematográficos, filarmónicos y otros análogos con que se violen los derechos de propiedad intelectual. La finalidad de esta medida, lo mismo que en el caso anterior, es la de proteger al máximo los derechos e impedir que si ya se han causado perjuicios se continúe en ello.

l) En los procesos en que se ofrece garantía prendaria. Cuando se preste una caución prendaria y los bienes que constituyen la garantía no puedan guardarse en una entidad bancaria u otra que preste este mismo servicio, el juez procederá a secuestrar dichos bienes y a depositarlos en manos del respectivo sequestre una vez sean avaluados por peritos o en bolsa de valores. (art. 679 numeral 2 C.P.C.).

11) En los procesos de sucesión (36). El secuestro de bienes muebles e inmuebles está autorizado en esta clase de procesos, en dos momentos y con dos finalidades :

1. Antes de los inventarios. Este secuestro denominado en el C.P.C. secuestro provisional que se puede practicar desde el momento en que se difiere

la herencia hasta antes de la aprobación de los inventarios en dicho proceso; tiene una finalidad de protección a los bienes que han de integrar la masa sucesoral. Muerta una persona, es indudable que los bienes corren peligro de extraviarse y con mayor razón que su propietario ya no los puede vigilar; por lo tanto, la cautela pretende conceder a los bienes, una vigilancia adecuada a través de un secuestro hasta el momento en que deben ser entregados al curador de la herencia yacente o cónyuge reconocido dentro del proceso (art. 579 C.P.C.).

2. Después de los inventarios. El secuestro que se practica después de los inventarios tiene una finalidad diferente del anterior; aquí el secuestro no persigue otra cosa que otorgar al secuestro la administración de los bienes cuando ha existido un desacuerdo entre los herederos o entre estos y el cónyuge sobre la administración que ejerce alguno de ellos (art.595, numeral 2 del C. P.C.).

m) En el recurso de revisión. Está autorizado el secuestro cuando se demanda el recurso de revisión en los mismos casos autorizados para el proceso ordinario. Es decir, sobre los muebles no sujetos a registro y cuando en el proceso en que ahora se pide la revisión haya versado sobre el dominio y otro derecho real principal constituido sobre dichos bienes o sobre una universalidad en donde se encuentren muebles individualizados (art. 385 del C.P.C.).

n) En los concordatos preventivos. Durante el trámite del concordato preventivo, los bienes seguirán siendo administrados por el deudor con las limitaciones que le impone el artículo 1921 del C. de Comercio; sin embargo, cuando lo solicite por lo menos la mitad de los acreedores que se hayan presentado al respectivo concordato se podrá solicitarle al juez la práctica de medidas cautelares, entre ellas el embargo y secuestro para entregarle al secuestro la administración de los mismos y con ello impedir que el deudor efectúe pagos no

autorizados o que los bienes sean enajenados y ocultados (37).

III. DE LA ACTIVIDAD

Respecto de los requisitos de la actividad: lugar, tiempo y forma en el embargo siguen las reglas generales, es decir, las estudiadas en la parte general de este trabajo a la cual nos remitimos.

—

CITAS 12

- (1) DE LA PLAZA, Manuel. ob. cit. p. 74
- (2) VALENCIA ZEA, Arturo. ob. cit. t. II p. 19
- (3) Ibidem. p. 425
- (4) GUASP DELGADO, Jaime. ob. cit. p. 430
- (5) Ibidem
- (6) Código Judicial. Ley 105 de 1931.
- (7) Auto. Sala de Negocios Generales. 14 de Abril de 1938. XLVIII. p. 545.
- (8) Auto. Sala de Negocios Generales. 14 de Julio de 1940. L. p. 854.
- (9) Auto. Sala de Negocios Generales 9 de Marzo de 1943, LV. 379.
- (10) Auto. Sala de Negocios Generales. 21 de Septiembre de 1954. LXXVIII p. 808
- (11) ROSENBERG, Leo. ob. cit. p. 202.
- (12) GOLDSCHMIDT, James. ob. cit. p. 633.
- (13) GUASP DELGADO, Jaime. ob. cit. p. 432.
- (14) Casación. 30 de Septiembre de 1940. L. 356
- (15) Casación. 26 de Agosto de 1938. XLVII. 63; 15 de Febrero 1940. XLIX, 70.31 de Enero 1949. LXV. 328; 17 Abril 1951. LXIX. 535.
- (16) VALENCIA ZEA, Arturo. ob. cit. p. 73
- (17) Sentencia 8 de Junio de 1967.
- (18) Sentencia 13 de Agosto 1964. t. CVIII. p. 190

- (19) Código Judicial 1872
- (20) Artículo 956 Código Judicial 1872
- (21) DE LA PLAZA, Manuel. ob. cit. p. 75
- (22) GUASP DELGADO, Jaime. ob. cit. p. 416
- (23) Ver artículo 684 del C.P.C. Colombiano
- (24) VALENCIA ZEA, Arturo. ob. cit. t. II. p. 156 " Bienes nacionales de uso público. Según el art. 674 del Código Civil, son bienes nacionales de uso público aquellos que están afectados al uso de todos los habitantes. De los ejemplos trae el mencionado artículo , se deduce que se trata de recursos en donde ha prevalecido el trabajo humano: calles, plazas, puentes y Caminos. Sobre los recursos artificiales se afirma el dominio eminente del Estado, pero se permite el goce a los habitantes. Fuera de los ejemplos del Código Civil existen otros recursos artificiales como los parques, monumentos artísticos o históricos, museos de toda clase. 1. Debemos tener en cuenta que no solo esta categoría de bienes se encuentra al servicio de la colectividad, sino también, en gran parte los denominados recursos naturales, que acabamos de exponer. Por lo tanto, haciendo un solo cuerpo de ambas categorías de bienes, resulta que las principales clases de bienes de uso público son: a) Todas las vías de comunicación tanto terrestres como acuáticas. Entre las primeras se encuentran las autopistas, carreteras, puentes, caminos públicos, calles, avenidas, etc. b) Las corrientes de agua que corren por cauces naturales, si atraviesan más de una finca, y los lagos y lagunas cuyos límites no se encuentren dentro de una misma heredad (infra 69 y 70) . c) Las costas marítimas. d) La atmósfera, en cuanto de ella se haga un uso racional, y todo los recursos panorámicos y escénicos. e) La fauna y la flora silvestres. 2. Sobre los bienes de uso público se afirma el dominio eminente del Estado. Este dominio se traduce en la facultad de gestión, administración y conservación de todos los bienes de uso público, como en el control de uso y apropiación que los particulares pueden hacer de ellos. 3. Todos los bienes nacionales de uso público están protegidos no solo con las acciones posesorias que puede ejercer directamente el Estado, sino, además, con una acción posesoria popular que puede ejercer cualquier habitante a fin de evitar que el bien pierda la calidad de ser de uso público (C. C. art. 1005). Esta acción posesoria popular puede ejercerse en cualquier tiempo; no existe la prescripción, pues jamás los particulares pueden ganar la propiedad por el transcurso del tiempo. (C.C. art. 2519) 4. Ningún bien de uso público puede ser embargado (C. de P.C., art. 684 núm. 1o.). La razón es clara: el embargo persigue sacar el bien del comercio; y semejantes bienes se encuentran, debido a su propia naturaleza fuera de él ".
- (25) Ibidem. p. 157. " Los Bienes Estatales. No se hallan en el comercio los bienes del Estado (Nación, Departamentos, municipios, intendencias, y comisarías, establecimientos públicos descentralizados) y cuyo uso no pertenece a los habitantes. De esos bienes puede distinguirse dos variedades: 1. Los destinados actualmente a la prestación de un servicio público, como sucede con los edificios destinados a la administración de justicia, a la educación y al cumplimiento de las demás funciones públicas. Esta variedad de bienes no es embargable (C. de P.C., art. 684. num. 2o.). Tampoco son susceptibles de posesión por los particulares

y, por lo tanto, no es posible adquirir la propiedad de ellos por prescripción. 2. Los demás bienes que pertenecen al Estado y que actualmente no prestan un servicio público. Muchos de esos bienes representan reservas estatales, otros bienes como destino la producción de rentas o la posible ampliación de servicios públicos; y aun existen bienes cuyo fin es la adjudicación a particulares en propiedad privada. De todos esos bienes deben recordarse las siguientes clases: a) Todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales de la Nación, "carecen de otro dueño" (C.C. art. 675). Estas tierras se conocen con el nombre de bienes baldíos y se distinguen de los denominados bienes vacantes, o sea, de los inmuebles que han sido abandonados por sus dueños; en cambio, los primeros jamás han tenido dueño (supra, 101-I y 112-I). b) Las minas, es decir, todas las sustancias minerales (oro, plata, platino, hierro, carbón, mercurio, plomo, cobre, estaño, zinc, bismuto, arsénico, azufre, etc.) (Ley 20 de 1969, art. 10.). En cuanto a los derechos constituidos en favor de terceros sobre algunas minas, subsistirán siempre que sus titulares estén explotándolos en el momento en que empezó a regir la Ley 20 de 1969. c) Los yacimientos de hidrocarburos (Ley 20 de 1969, art. 13). d) Todas las rentas, fincas, valores, derechos y acciones que pertenecen a la Nación, a los departamentos, municipios y demás entidades de derecho público (Const. Nal. art. 202). e) Los denominados bienes de presupuesto, o sea los presupuestos de renta y recursos de capital de la Nación y demás personas jurídicas de derecho público.

(26) Según los artículos 1677, inciso 2o., 2488 y 2492 del C.C., todos los bienes, en general, son embargables, con todo, la ley establece varios casos de inembargabilidad que puede ser total o parcial. "De conformidad con el art. 1003 del C.J., son inembargables las dos terceras partes de las rentas de los departamentos, y municipios, y embargables solo la tercera parte. Dicho artículo no precisó si se trata de la renta bruta o líquida es decir, si hay necesidad o no de deducir previamente todos los gastos indicados por la ley. Si esta última fuera la interpretación, se podría hacer nulatorio el derecho de los acreedores, puesto que el embargo, en esas condiciones muchas veces no produciría resultado práctico alguno. Qué objeto tendrá ese embargo cuando las entidades públicas en sus presupuestos dedican normalmente el producido de las rentas o gastos determinados y precisos?". De otro lado, en el artículo 1003 quiso el legislador evitar el perjuicio que acarrearía a la colectividad una paralización de los servicios públicos. Para obviar los escollos apuntados, la norma acogió un término medio; la embargabilidad de la tercera parte y la inembargabilidad de las dos terceras partes.

(27) "5. Los salarios y las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales o particulares, en la proporción prevista en las leyes respectivas (C.S.T., 154 a 156, 344). La inembargabilidad no se extiende a los salarios y prestaciones legalmente enajenados. 6. Las condecoraciones y pergaminos recibidos por actos meritorios. 7. Los uniformes y equipos de militares. 8. Los lugares y edificaciones destinados a cementerios o enterramientos. 9. Los bienes destinados a culto religioso."

(28) Auto de 23 de Mayo de 1942.

(29) MORALES MOLINA, Hernando. ob. cit. t. II. p. 252

(30) GUASP DELGADO, Jaime. ob. cit. p. 428

- (31) GARCIA SARMIENTO, Eduardo. ob. cit. p. 264.
- (32) Ibidem, p. 262
- (33) LATORRE, Luis Felipe. Procedimiento Civil Colombiano. 2a. ed. Bogotá. ed. Voluntad. 1951. p. 410.
- (34) MONTOYA GIL, Horacio. De los Concordatos y la Quiebra de los Comerciantes. Bogotá, Bedout, 1979. p. 159
- (35) Ibidem p. 236
- (36) LAFONT PIANETTA, Pedro. Derecho de Sucesiones. t. 2. Bogotá. Profesional. 1981. p. 413. ver Luis Felipe Latorre ob. cit. p. 104. —
- (37) MONTOYA GIL, Horacio. ob. cit. p. 49. Ver también EDUARDO GARCIA SARMIENTO, ob. cit. p. 146 .

PROCEDIMIENTO DEL EMBARGO Y SECUESTRO

I. FASE DE NACIMIENTO

El embargo, a grandes rasgos, sigue las reglas generales establecidas para el proceso cautelar, tales como la demandada cautelar (1), el juramento, cau
ción y decisión al cual nos remitimos. " Los requisitos de la acción de embargo. Recordando lo que en el capítulo anterior decíamos respecto a la fecundidad del concepto apariencia en el proceso cautelar, es de advertir ahora como tiene apli
cación en la cuestión que es objeto de este apartado, puesto que para solicitar el embargo, por una parte, la presentación de un título del que resulte la exis
tencia de la deuda (numeral 1o., artículo 1400 L.E.C) sin que la circunstancia de no ser ejecutivo tenga otra trascendencia que la del haber de decretarse en tal supuesto de cuenta y riesgo del deudor a quien, de no tener responsabilidad conocida, se le exige la correspondiente fianza, y como los artículos 1401 y 1402, que así lo dispone son suficientemente explícitos, omitimos, por útil, to
da aclaración y comentario " (2). El embargo por regla general deberá ser sol
citado, pero pueden existir algunos casos en donde a pesar de la falta de peti
ción el juez deberá decretarlo, tal es el caso del auto que decretó la quiebra (artículo 1946, numeral 2 del C. de Comercio).

II. FASE DE DESARROLLO

Tiene mayor importancia este aspecto del embargo ya que además de lo di
cho en la parte general, se desarrolla con algunas particularidades especiales

en la forma de efectuarse que se pueden resumir en tres : por anotación, notificación y secuestro.

A) POR ANOTACION

Esta forma de perfeccionamiento está instituída para los bienes sujetos al sistema de registro y el embargo se separa radicalmente del secuestro y es posible aquí observarlo en toda su plenitud.

El juez que decrete el embargo sobre un bien sujeto a registro debe ordenar que por la secretaría se libre un oficio dirigido a la entidad encargada de llevar tal registro; en el cual se debe hacer constar la clase de procesos, la providencia que lo decreta, la identificación del bien materia del embargo, persona contra quien se decreta. También debemos tener presente que para decretar el embargo debe existir una apariencia de derecho (Fumus Bonni Iuris), que debe estar demostrada por lo menos con una prueba siquiera sumaria proveniente del deudor; es así como el artículo 513 del C.P.C., autoriza el embargo con un documento por lo menos firmado ante dos testigos, y del cual sólo falte el reconocimiento por el deudor.

Nótese que esta es la mínima prueba que exige la ley para decretar el embargo; por lo tanto, todos los documentos que superen el título que sólo constituya prueba sumaria dá lugar al embargo. Hacemos esta referencia porque se ha llegado a pensar que como el artículo 513 inciso 3o. del C.P.C., habla de reconocimiento del título, no se incluyen los títulos valores firmados por el causante; esto es un error, pues se seguirá tratando de título con presunción de autenticidad y sólo falta que se le haga saber a los herederos la existencia del crédito para que paguen; en este caso se tiene mucho más que un título como prueba sumaria; se tiene título que goza de presunción de autenticidad y será un exhabrupto ir a negar las cautelas.

El oficio debe ser presentado al respectivo funcionario quien de inmediato debe proceder a dar cumplimiento a lo ordenado por el juez. El embargo se consume por la anotación o inscripción cuando ha de recaer sobre :

a) En inmuebles. Cuando se trata de inmuebles este oficio debe ser presentado ante el Registrador de Instrumentos Públicos de la localidad en donde se encuentra matriculado el inmueble; o a través de comunicación telegráfica, que es una forma desconocida por los jueces y litigantes, pero que está autorizada en el Decreto 1250 de 1970, que reglamentó lo referente al registro de instrumentos públicos en el artículo 33 se expone : " Una vez otorgado un instrumento de los relacionados en el artículo 2o., o llegada la oportunidad de registrar una providencia o acto de los mencionados en la misma disposición, el notario o funcionario respectivo podrá, y a costa de cualquier interesado, comunicar telegráficamente al registrador los datos esenciales del acta de que se trate, con indicación en el mismo del número de matrícula inmobiliaria, fecha de la providencia que lo ordena nombre y ubicación de los bienes, para que proceda a efectuar el registro provisional que producirá efectos inmediatos entre las partes y frente a terceros." El artículo 2o. del mismo decreto al cual nos remite el artículo 33 antes transcrito dispone: " están sujetos a registro: 1. Todo acto; contrato, providencia judicial, administrativa, o arbitral que implique constitución declaración, aclaración adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación, o extinción del dominio u otro derecho real principal... " El telegrama debe ser enviado por el juzgado, con los mismos datos que debe contener el oficio y este registro tiene un carácter provisional como lo hace notar la parte final del inciso 1o. del artículo 33 del decreto antes mencionado, pues, este queda supeditado a que dentro de un mes contado a partir de la radicación del telegrama, que ha sido inscrito se allegue a la mencionada oficina de registro, el oficio correspondiente de em-

Aeronáutica Nacional, quien tiene bajo su control todo lo relativo, al registro de esta clase de bienes. Sin embargo, cuando la medida se toma sobre una aeronave en construcción debe ser registrado en la oficina de aeronautica y por lo tanto no podrá ser embargadas las partes que falten para su terminación independientemente, es decir, estando separadas quedan afectadas por el embargo registrado (artículo 1908 del C. de Comercio).

d) En automotores. Consideramos que su embargo no se perfecciona en ningún momento con un oficio a la oficina de tránsito y transporte en donde se encuentra inscrito el automóvil, pues esta oficina solamente tiene funciones para reglamentar y dirigir el tránsito de los vehículos por el país y en ningún caso se trata de ninguna oficina de registro, pues esta, a pesar de estar ordenada su creación por la ley, en la práctica para Colombia, no se ha puesto en funcionamiento y además no existe una norma que equipare a esta oficina de tránsito y transporte como de registro de automóviles. Por lo tanto por ser mueble se perfeccionará el embargo en el momento mismo en que se perfecciona el secuestro; este caso lo traemos a colocación ya que los tribunales han dicho una cosa y la Corte suprema de Justicia otra.

e) En acciones. En sociedades anónimas o en comandita por acciones, bonos, certificados de depósito, unidades de fondo mutuo, títulos similares o efectos públicos nominativos, el interés de un socio en sociedad colectiva, de responsabilidad limitada u otros de personas, el interés de un socio en sociedades civiles sometidas a las solemnidades de las comerciales, sumas de dinero depositadas en establecimientos bancarios y similares, en estos casos se perfeccionará el embargo por anotación en los respectivos libros o registro de cuotas o acciones, lo cual impedirá cualquier negociación sobre las acciones o cuotas, además de la anotación que deberá efectuarse en la respectiva cámara de

comercio; cuando se trate de certificados de depósito o bonos de prenda corresponderá la anotación al respectivo almacén general de depósito que ha emitido el título, y en cualquier caso la persona o entidad encargada de llevar el registro; sin perjuicio de las comunicaciones que deberán efectuarse a otras personas (tal es el caso de la sociedad colectiva o de la sociedad en comandita se comunicará al socio o socios gestores; al liquidador, según el caso). Las personas encargadas de efectuar la anotación, deberán dar cuenta de tal hecho al juzgado en el término de tres días; en el caso de retención de saldos bancarios estos deben ser depositados a órdenes del juzgado en el término de tres días; cuando se trate de dividendos, utilidades, intereses y demás beneficios que el embargo le correspondan se consignarán una vez causados.

B) POR NOTIFICACION

Esta forma de perfeccionamiento se presenta en los casos de no existir un registro especializado de los derechos del embargo que son :

a) Créditos. Cuando el embargado sea titular de un crédito u otro derecho semejante, se perfeccionará con la notificación del embargo al deudor, quien deberá efectuar el pago al secuestre; el deudor deberá dentro de los tres días siguientes a la notificación de embargo del crédito informar al juez sobre la existencia sobre el mismo de otro embargo ya notificado con anterioridad, de alguna cesión con indicación del nombre del cesionario y la fecha de aquella, so pena, de responder del pago; respecto de esta forma de perfeccionar el embargo consagrada en el artículo 681 del C.P.C. . Colombiano numeral 4, considero que se incurrió en una impropiedad en la reacción de la norma, pues, esta dispone : " El de un crédito u otro derecho semejante, se perfeccionará con la notificación al deudor mediante la entrega del correspondiente oficio, en la que se le prevendrá que debe hacer el pago al secuestre quien podrá efectuar el co

bro judicial. ...". Y la impropiedad consiste en ordenar al deudor el pago al se cuestre, pero ¿ A cuál secuestre ?, si hasta ahora estamos embargando el crédi-to y el título no puede estar en manos del deudor sino del acreedor ahora embargado; y sobre todo teniendo en cuenta el anterior numeral el ahora comentado que es el 3o., que dispone: " el de bienes muebles no sujetos a registro se consumará mediante su secuestro, excepto en los casos contemplados en los numerales siguientes ", y ese numeral siguiente es el que estamos comentando, entonces, si sobre los créditos no practicamos secuestro no podrá el juez ordenarle al deudor que el pago lo haga en manos del secuestre ya que este no existe; para resolver la situación deberá el juez ordenar al deudor consigne el valor del crédito a órdenes del juzgado; si se practica embargo y secuestro sobre el acreedor y allí secuestramos, el título se le entregará al secuestre y el pago, ahora sí, se efectuará a este.

b) Mejoras plantadas en terrenos baldíos. El embargo se perfeccionará comunicándole o notificándole al deudor para que se abstenga de realizar cualquier negociación de enajenación o gravamen sobre las mismas (art. 681 numeral 2 inciso 2). Dejamos constancia sobre la dificultad de ésta forma de perfecciona el embargo ya que si no se practica un secuestro sobre las mismas, no podremos establecer que clase de mejoras puede tener el embargado en el terreno baldío.

c) Derechos que por razón de mejoras o cosechas tenga una persona que ocupe un predio de propiedad de otra. Según el mismo artículo anteriormente mencionado se perfeccionará notificando al propietario del inmueble y al embargado que se entienda con el secuestre para todo lo relacionado con las mejoras o usufructos o beneficios (3); a esta norma le hacemos las mismas objeciones anteriores, y algo más, este inciso 1o. del numeral 2 del artículo 681 creo es

inaplicable: Primero, porque la norma dispone que el propietario y el obligado se debe entender con el secuestro, lo cual implica necesariamente la práctica de la diligencia de secuestro, y Segundo, porque si se practica el secuestro deberá darse aplicación al artículo 682 numeral 7 que dispone: " El secuestro de cosechas pendientes o futuras se practicarán en el inmueble, dejándolas a disposición del secuestro, quien adoptará las medidas conducentes para su administración, recolación y venta en las condiciones ordinarias del mercado ".

d) Salarios devengados o por devengar. En este caso la notificación se debe efectuar al pagador de la entidad o empresa para que retenga hasta la cuantía máxima autorizada por la ley y la deposite en la cuenta corriente del juzgado.

e) Derechos comunes y proindivisos. Al decir de la ley se perfeccionará notificándole a los demás copartícipes advirtiéndoles que en todo lo relacionado con aquellos se deben entender con el secuestro, con las mismas observaciones anteriores.

En resumen, consideramos que el artículo 681 del C.P.C., se le debe dar una nueva redacción y ponerlo a tono con las disposiciones relativas al secuestro; sobre este punto de perfeccionamiento del embargo podemos ver la jurisprudencia: " Distintas Maneras de Practicarlo - 1. Si, en principio, todos los bienes patrimoniales son objeto lícito de embargo, no siempre tal medida es practicada en la misma forma: los legisladores, quizá atendiendo a la naturalza de las cosas sobre las cuales recae, han especificado los procedimientos a seguir en cada caso, lo que, dando su carácter especial, es menester observar en los eventos en que cada uno de ellos corresponda, so pena de sacrificar la eficacia del embargo.

"Cuando se embarguen los remanentes existentes en un proceso en donde se han embargado bienes se comunicará a través de oficio al juez correspondiente a fin de que tomen nota al respecto; los bienes que se desembarguen quedarán embargados por cuenta del juzgado que embargó el remanente y en caso de sobrar dinero este deberá ser puesto a disposición del juzgado correspondiente. Si han llegado otros oficios de juzgados embargando el remate, si lo existente es dinero, el juez irá poniendo a disposición el dinero a órdenes de los juzgados de acuerdo con el orden en que hayan llegado los oficios al juzgado, hasta donde de alcance.

" 2. Conservados en su esencia por la legislación que hoy impera en la materia las normas legales vigentes cuando se tramitó la ejecución instaurada por el demandante contra los herederos del difunto, dentro de la cual se practicó el embargo de bienes y se hizo el remate que dió origen al presente proceso (Ley 57 de 1887 y 105 de 1931), cuya preceptiva es por lo tanto la que debe aceptarse para decidir la controversia suscrita, el embargo se practicará si - guiendo procedimiento diferentes según que el versará sobre muebles o sobre in- muebles. En efecto: tratándose de una finca raíz o de un derecho real constituído en ella el embargo decretado judicialmente se perfeccionaba con la inscripción del oficio que se enviaba al registrador de documentos públicos del circuito en donde estuviera ubicado el inmueble (artículo 39 y 43 de la Ley 57), y si se referían a muebles se consumaba, por regla general, con la entrega de la cosa por el juez al secuestre destinado. " Tal manera de practicar el embargo de muebles no constituye entonces, determinados por la naturaleza de los bienes, el procedimiento legalmente establecido para perfeccionar el embargo de un crédito que debía notificar al deudor mediante el oficio que lo brindaba el juez lo había decretado (art. 277 C.J.); y el del derecho que el demandado tuviera en otro proceso, debía efectuarse con la comunicación al juez, que conocía de este (art. 282 C.J.).

"3. En punto a la manera de practicar el embargo de derechos herencia-
les la jurisprudencia nacional no ha sido uniforme, ciertamente, como antes de
la vigencia, la Ley 105 de 1931 no existiera norma positiva alguna que especial-
mente reglamentara esta clase de embargo, se inclinó al aplicar por analogía el
procedimiento y sobre el embargo de inmuebles y de derechos reales radicados en
estos consagraba el artículo 39 de la Ley 57 de 1887, es decir, que entonces se
exigía para perfeccionar aquel embargo la inscripción del decreto judicial co-
rrespondiente a la oficina del registrador de instrumentos públicos del respec-
tivo circuito notarial.

" Más, como luego la Ley 105 de 1931, mediante su artículo 282, llenó
el vacío legal advertido por la corte, al establecer dicha norma, que ' el em-
bargo de derechos que el demandado o presunto demandado, perciba, discuta o ten-
ga en otro juicio, se comunica al juez respectivo para los efectos-consiguien-
tes', a la modificación normativa así operada le sobreviene el cambio de dere-
chos herenciales. Se considera entonces que como el referido precepto aludía
al embargo de derecho de cualquier clase que el demandado ' persiga o discuta
o tenga en otro juicio', su contenido cobija los herenciales; y por lo tanto se
acogió la tesis consistente , en que era suficiente, para que el embargo de es-
tos se consumase, la comunicación de la medida al juez se tramitaba el corres-
pondiente proceso sucesorio.

" No existe en la ley dijo la corte de la sentencia del 19 de Noviembre
de 1956 - disposición alguna que consagre directa ni indirectamente - la tesis
que proponga el recurrente en abono de la fundamentación del cargo - menos pa-
ra el presente caso, cuando que la materia de él es el simple derecho heredita-
rio en general, no el vinculado en determinado inmueble de la sucesión... Tam-
bién resulta que el aviso al juez de la sucesión y la inserción del oficio en

el proceso es lo único que asegura la eficacia al decreto y orden del embargo del derecho hereditario, porque el juez de la sucesión no podrá entregar nada al ejecutado imputable en su derecho herencial y como este derecho herencial só lo viene a concentrarse en cosas determinadas y ciertas en la partición, es en esa oportunidad cuando el juez de la sucesión deberá actuar, para darle y aprobarle al heredero la hijuela pero con la constancia expresa del embargo, para que así, con esta traba determinada y expresase le registre el título, oportunidad que es lo que también deberá actuar el registrador correspondiente del embargo " (4).

f) Concurrencia de embargo de diferente jurisdicción. Al tenor del artículo 542 del C.P.C. los jueces laborales y de ejecuciones fiscales, notificarán el embargo al juez civil por oficio. Una vez rematados los bienes en el proceso civil el juez pondrá a disposición primeramente el valor de la liquidación definitiva arrojada en el proceso laboral o fiscal, y del sobrante se pagará a los demás acreedores. Es decir, en caso de duplicidad de embargos de diferente jurisdicción no se produce una invasión en campo de actuación ajena sino que cada órgano actúa dentro del ámbito de su respectiva competencia lo cual da lugar a que a la hora del remate, adjudicación y entrega de productos se tenga como preferentes en el pago a los procesos de las otras jurisdicciones (Laboral o Fiscal).

C) POR SECUESTRO

a) Concepto de secuestro. El secuestro constituye la tercera forma de ejecución del embargo, y la más complicada toda vez que se ha llegado a pensar en nuestro país que el secuestro constituye otra cautela muy parecida pero diferenciable del embargo.

El secuestro no constituye un proceso cautelar autónomo; es un momento de la cautela embargo, es decir, en los bienes sujetos a registro esta es una segunda etapa del embargo y en los bienes no sujetos a dicho sistema, el embargo se realiza con el secuestro, esto es, los dos conceptos se fusionan y son una sola etapa del embargo.

En nuestra legislación, el secuestro ha sido tratado paralelamente con el embargo pero su reglamentación no ha sido más que para establecer la dinámica y mecánica al consumarse el embargo en segunda fase, o en su fase única.

Así vemos como en el código judicial de 1873 se reglamentó, a partir del párrafo segundo del capítulo quinto " Acciones Accesorias del Demandante"; Artículo 306 a 319. El " Depósito o Secuestro", esto es, no se habló de embargo y se establecieron tanto para muebles como para inmuebles aun cuando para estos debía obtenerse sentencia de la., instancia a favor, para poder secuestrar (art. 307). De otro lado el mismo Código de 1873 reglamentó en el proceso ejecutivo (título XI, Capítulo I, Sección Primera, Art. 931) el llamado embargo, pero sin que tuviera una diferencia clara frente al secuestro toda vez, que no podían separar las figuras en la época ya que no existía el sistema de anotación del embargo, por cuanto, el libro del embargo fue ordenada su creación sólo hasta la Ley 57 de 1887, en su art. 39, así las cosas, los nombres fueron tomados para una misma cautela, solo que el secuestro fue colocado en la parte general y el embargo en la parte especial (proceso de ejecución); también es importante anotar que la situación del " embargo " tanto en el ejecutivo como " secuestro " en el proceso general (ordinario) sólo se diferenciaban en la oportunidad para ser decretado y practicado, con la misma justificación anterior, es decir, el embargo se podía decretar en cualquier estado del proceso mientras que el secuestro sólo a partir de la existencia de sentencia favorable al demandante,

ello por cuanto aún no se había creado el sistema de anotación o registro de demanda, que sería la cautela aplicable hoy en día.

El código judicial de 1931 (Ley 105) a partir del título V (acciones accesorias) capítulo I, artículo 273, y siguientes; utilizó ya los dos nombres " embargo y secuestro ", es decir, que para los muebles se practicaba diligencia de embargo que conllevaba su secuestro, tanto para demandas de reivindicación directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o para asegurar obligaciones personales no contenidas en el título ejecutivo.

La situación para los inmuebles era distinta si se ejercía acción de dominio u otro derecho real principal sobre estos bienes la cautela a practicar era la anotación de la demanda consagrada en el artículo 740 del código judicial y pudiéndose llegar al secuestro si la sentencia de primera instancia era favorable al demandante, se encuentra consagrada en el artículo 275 así : " Si se demanda dominio u otro derecho principal, constituido sobre un inmueble, y el demandante ha tenido a su favor sentencia de primera instancia, puede sustraerse la cosa en los casos contemplados en el inciso 2, del artículo 959 del código civil, si el poseedor no presta caución suficiente de conservación y restitución. Para los efectos de éste artículo ha de tenerse en cuenta lo que dispone el artículo 659 del citado código " : el artículo 959 del C.C. a que hace se refiere dice: " Si se demanda el dominio u otro derecho real constituido sobre un inmueble, el poseedor seguirá gozando de él hasta la sentencia definitiva, basada en autoridad de cosa juzgada. Pero el actor tendrá derecho de provocar la providencia necesaria para evitar todo deterioro de la cosa y de los muebles y semovientes anexos a ella y comprendidos en la reivindicación, si hubiere justo motivo de tenerlo, o la facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía ". Este código de 1931 a partir de su artículo 276 y siguiente consagró las

reglas que debían seguirse al momento de practicarse el embargo o secuestro de bienes, consideramos suficiente transcribir la exposición de motivo de dicha ley, respecto del artículo 276 a 304: " el presente título lo dividió la comisión en dos capítulos : el anterior que trata de las acciones accesorias concedidas al que va a demandar a otro o al que ya es demandante, embargo y secuestro preventivo, y el que tiene enseguida sobre exhibición. Según la misma comisión los artículos que componen estos dos capítulos, son en su mayor parte transcripción de los 276 a 304 de la ley 103, lo que a la vez contiene mucha doctrina de la ley 40 de 1917. La comisión explicó así en términos generales el capítulo anterior: " siguiendo un sistema semejante al adoptado por la Ley de Enjuiciamiento de Portugal, sólo en tres casos puede pedirse embargo, secuestro preventivos: a) Cuando se ha demandado o se pretende demandar la reivindicación de cosa mueble directamente o como consecuencia de una acción distinta, y se teme que se pierda o deteriore en poder del poseedor, o que este se ausente; b) Cuando se haya demandado o se intente demandar a otro para el cumplimiento de una acción personal, siempre que se llenen los requisitos referentes a la demostración, siquiera en forma sumaria, de la existencia de la deuda con calidad de exigible, de la mala situación de negocios o ausencia del deudor u otras circunstancias semejantes y a la prestación por el actor de caución suficiente que garantice los perjuicios; o c) Si se demanda el dominio o otro derecho real principal, como usufructo, uso y habitación, y se ha obtenido sentencia de primera instancia a favor del peticionario. En el primer caso no se exige la formalidad del juramento asertorio, y en el último, se limita la acción a lo establecido en el inciso segundo del artículo 959 del Código Civil en relación con el 659 del mismo. Cree la Comisión que en esta forma queda garantizado el de derecho del demandante y se eviten perjuicios al demandado, o a quien se va a demandar, sin que se cometan abusos a que se prestó lo dispuesto por el artículo 278 de la Ley 103 el que queda suprimido. Los artículos 278, 279 y 280 del proyecto dejan a salvo los

derechos de los terceros, sin vulnerar los de la parte, que pide el secuestro. El artículo 288 establece, con acierto, que si el juez lo cree conveniente, puede dejar al dueño de una empresa que se encuentre al frente de los trabajos de ella, caso en el cual dicho dueño debe proceder de acuerdo con el secuestro, y las diferencias que ocurran se dirimen por el juez. Esta facultad concedida a los jueces tiene la ventaja de que las labores de una empresa de cualquier clase que sea, no se paralizan no se alteran en perjuicio de las partes, porque es el dueño como directamente interesado, quien lleva la dirección de ellas. Por último, el artículo 296 del proyecto, en armonía con la ley civil impone al secuestro la obligación de rendir cuentas durante el desempeño de su cargo cuando se le pida por cualquiera de los interesados y el juez lo estime conveniente; y señala para el examen de las cuentas los trámites de una articulación. Además hace extensivo lo dispuesto en ese artículo a todo juicio en que haya se cuestro, lo que llena un vacío e impide que, en casos semejantes, como en el juicio de sucesión, se haga el examen de las cuentas mediante una tramitación dispendiosa ". Dada la importancia de esta materia y las encontradas opiniones que se han emitido sobre la institución del secuestro y embargo preventivos desde que el proyecto del doctor Arbeláez fue sometido al estudio de la Comisión de Abogados Auxiliares, valdría la pena y será útil reproducir aquí toda la historia de la reforma a lo largo de casi un cuarto de siglo de estudios y críticas. Pero no es éste el lugar de hacer esa historia, y nos limitamos únicamente a recomendar nuestra edición de la Ley 103, efectuada por la casa editorial Cromos, en la que se ha consagrado puntualmente ese proceso " (5).

Asimismo, es importante observar en el libro II, título XXXIII " Ejecución de Mayor Cuantía ", en los párrafos 3o., 4o., y 5o., se dedican al " Embargo y Secuestro ", " Caución de Saneamiento " y " Desembargo " respectivamente; es decir, de los artículos 1003 al 1024; ello con el objeto de hacer notar

el artículo 1014 que dispone: " son aplicables al secuestro en juicio ejecutivo las reglas dadas en el artículo 287, relativo al secuestro preventivo, en lo pertinente ", esto es, que prácticamente el embargo y secuestro en los procesos ordinarios son los mismos que se toman en el ejecutivo, sólo con algunas modificaciones propias de cada caso.

Así las cosas, podemos establecer las siguientes definiciones dadas al secuestro en nuestro medio :

NELSON MORA : " El Secuestro Judicial es un acto procesal por el que el juez entrega un bien a un secuestrario, quien adquiere la obligación de cuidarlo y guardarlo y finalmente restituir la especie cuando así se le ordene " (6).

HERNANDO MORALES MOLINA : " El Secuestro Judicial es el depósito de una cosa, que se disputan dos o más individuos, en manos de otra que debe restituir la al que tenga una decisión a su favor " (7).

OSCAR I. RILLO CANALE : " Es aquella institución del proceso, normalmente de naturaleza cautelar, por la cual por principio del tribunal decreta la aprehensión física de una cosa mueble colocándola en depósito, en manos de un tercero bien sea para asegurar la ejecución forzada o cuando exista contienda sobre ella " (8).

EDUARDO PALLARES : " Es el depósito que se hace a una cosa en litigio en la persona de un tercero, mientras se decide a quien pertenece la cosa " (9).

JULIO GONZALEZ VELASQUEZ : " Es la ejecución de una orden judicial por la que se entrega uno o varios bienes a un depositario, denominándola secuestre, sacándolos de manos de su poseedor con miras a asegurar lo perseguido en

un proceso directa o indirectamente " (10).

HERNANDO DEVIS ECHANDIA: " Es la entrega de una cosa o de un conjunto de bienes se hace a una persona para que los tenga en depósito y en ocasiones como administrador a nombre y a órdenes de la misma autoridad para ser entregada cuando y a quien se disponga " (11).

EDUARDO GARCIA SARMIENTO: " Es el acto judicial o administrativo, sustentado en una norma de derecho que coloca un bien específico perteneciente a una persona determinada fuera del comercio " (12).

Por nuestra parte diremos que : " es la afectación de bienes embargados mediante su aprehensión material y jurídica, para su guarda, custodia y administración por persona que recibe el encargo procesal de hacerlo así " (13)

b) Naturaleza jurídica del secuestro.

1. Es la afectación de bienes embargados mediante su aprehensión material y jurídica. El secuestro constituye una etapa del embargo, es decir, por regla general secuestrar una cosa implica que debe ser embargada; en algunos casos el secuestro es subsiguiente a la anotación de embargo en el registro, esto para bienes sujetos a este sistema. En otros casos, por la falta de sistema de registro, el embargo se realiza con su secuestro, es decir, son simultáneas sin que ello le permita al secuestro estar separado del concepto de embargo. Se podrá afirmar en contra de esta posición que hay secuestro sin embargo, por ejemplo, los practicados en el proceso de sucesión. ¿Lo cual es la realidad ? ¿ Será que allí no se embargan bienes ? Veamos: En el proceso de sucesión no se embargan bienes, es decir, no hay anotación de embargo porque no hay demanda; de

otro lado, si los bienes están registrados a nombre del causante no se podrá pensar en que uno de sus herederos los pueda transferir ¿Qué quiere decir esto ? que no es necesario esta clase de procesos la primera etapa de anotación de em bargo, pero cuando no se halla anotado el embargo porque no es necesario, ¿ Los bienes quedan fuera del comercio ?, desde luego que sí; este es un efecto mate - rial del embargo y no del secuestro, por lo tanto, aun cuando no se diga; el se cuestro en las sucesiones son embargos materializados por aquellos. De otro la do, es necesario también establecer que el derecho de posesión también es obje - to de embargo y aun cuando recaen sobre inmuebles se deben secuestrar para mate - rializarlo, respecto de los muebles no es posible su anotación de embargo pero con la diligencia de secuestro quedan también embargados.

Así las cosas podemos establecer que para que haya secuestro debe exis - tir un embargo, bien sea notablemente diferenciado con anterioridad o por lo menos simultáneo al mismo. Para ratificar nuestro criterio, podemos citar innu - merables casos, en donde el legislador sólo pronuncia en la ley la palabra se - cuestro y se estaba refiriendo a un embargo. De otro lado, hay que establecer como la anotación del embargo puede subsistir sin secuestro en bienes sujetos a registro, tal es el caso, en que una persona es titular del dominio de un inmu - ble pero no tiene suposición en tal evento al levantarse del secuestro (por oposición, etc.), el demandante puede perseguir el derecho de dominio, a fin de que este sea rematado, pero por falta de secuestro no operará su entrega material, pero de todas maneras, aun cuando impropiamente, exista un embargo.

Asimismo , el secuestro constituye la etapa de aprehension material y ju - rídica de los bienes embargados, esto es, no es posible hablar de secuestro si el juez y las partes no se encuentran físicamente ante los bienes que han de so - portarlo; es decir, la tenencia material debe estar a órdenes del proceso y de otro lado será jurídica toda vez, que el juez aprehenderá materialmente los

bienes por virtud de la potestad e investidura que la ley le otorga. Si el juez desde su despacho declara secuestrados unos bienes que encuentran en otro lugar y con los cuales no ha tenido el contacto físico a fin de identificarlos no puede hablarse de afectación material, ni secuestro; de otro lado, si un juez aprehende materialmente unos bienes pero no en cumplimiento sus funciones, pues no ha existido aprehensión jurídica y por lo tanto no hay secuestro (14).

2. Su guarda, custodia y administración por persona que reciben encargo procesal. Esta puede ser la finalidad inmediata del secuestro toda vez que la persona que recibe el cargo procesal deberá guardar los bienes, en el lugar o lugares que este estime conveniente a fin de garantizar su conservación, deberá además custodiarlos con las seguridades más acordes con la clase de bienes que le han sido entregados y para administrarlos, a fin de que la producción de los mismos no se detenga sino que sigan su curso normal.

Esta persona llamada en nuestro medio " secuestre " sólo adquiere la tenencia de los bienes y no podrá disponer de los mismos sino en los casos expresamente autorizados por la ley y con autorización del juez; el encargo es procesal; es decir, debe emanar del proceso a través de una providencia que lo nombre y lo autoriza para ejercer el cargo. Respecto de la posibilidad de enajenación de los bienes por el secuestre, veamos esta jurisprudencia : " Es de la naturaleza de contrato de depósito que la cosa objeto de este se restituya en especie.

Este principio de carácter general se desprende con claridad del citado artículo 2236 de C.C., que dice: " Llámase en general depósito el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarlas y de restituirla en especie"... . Igual norma rige para el depósito judicial o

secuestro por mandato expreso del artículo 2274, y por cuanto en el artículo 2280 se prohíbe el secuestre exonerarse de su cargo mientras no recaiga sentencia de adjudicación, pasada en autoridad dicha sentencia de cosa juzgada, y en el artículo siguiente se dispone : " Pronunciada y ejecutoriada dicha sentencia, debe el secuestre restituir el depósito a la adjudicatario ". De acuerdo con el segundo inciso del artículo 2236, " La cosa depositada se llama también depósito , lo que significa que la orden de restitución contenida en el artículo 2281 se refiere a la misma cosa en especie, que ha sido objeto del depósito ... " Pero sería contrario a la razón que por respetar la naturaleza del contrato no pudiese disponer de aquellas cosas secuestradas que por su calidad puedan dañarse o sufrir deprecio, merma o deterioro, y por eso el código de procedimiento en el artículo copiado autoriza la enajenación de tales cosas cuando ellas forman el objeto del secuestro... . Se tiene, pues, en el código de procedimiento una regla de excepción al principio general que forma la institución del depósito en el código civil; y como toda norma de excepción debe interpretarse restrictivamente lo dispuesto por ella... . Por eso las calidades precarias de que habla el inciso copiado que son inherentes a todas las cosas muebles, en mayor o menor grado, no pueden servir para cualquier secuestro de un bien mueble se sienta autorizado para disponer de ese bien alegando que es susceptible de dañarse, o de sufrir deprecio merma o deterioro... . El artículo se refiere de manera indudable a sólo aquellas cosas que requieren su inmediata realización para que no desaparezcan, o para que su valor no pueda sustancialmente afectado por cualquiera de aquellos casos de deprecio, merma o deterioro. Como sucedería, por ejemplo, con una cosecha de frutos de los que por el sólo transcurso del tiempo se deterioran o desaparecen... " (15).

c) Fundamento del secuestro. La justificación del secuestro la constituye la necesidad de hacer entrega real y material, al demandante triunfante

en el proceso y además que se le entregue en condiciones normales la conservación o para venderlos en pública subasta y garantizar la entrega al rematante triunfador; muchas veces se justifica el secuestro porque la cosa puede correr el peligro de deterioro, bien sea por el abandono a que la pueda someter el demandado o por el uso exagerado que la ponga en peligro de grave deterioro, aún cuando se crea o piense que el demandado la entregará.

d) Requisito del secuestro. Subjetivos. Siendo una segunda o única etapa del embargo cautelar, seguirá sus reglas a las cuales nos remitimos, sólo diremos que éste es uno de los casos en donde la legislación colombiana autoriza la ejecución por comisión a autoridades administrativas.

Objetivos. Consideramos que pueden establecerse como requisito objetivo además de los generales: a.- El bien ha de ser objeto del proceso. En nuestro derecho, para su primer caso, solamente es posible secuestrar muebles no sujetos a registro que han de ser objeto de un proceso y en el cual se discuten derechos reales sobre el mismo, u otro derecho real principal constituido sobre el bien, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta (proceso ordinario), esto sólo para esta clase de bienes ya que cuando se ejercen las mismas pretensiones sobre bienes sujetos a registros las medidas a adoptar son el registro de la demanda. b.- El bien debe ser garantía de un crédito. Es posible, para un segundo caso, secuestrar tantos bienes no sujetos a registro como los sujetos a este sistema cuando estos constituyen la prenda general de los acreedores con limitación a la cantidad de dinero reclamado y sin distinción de ninguna naturaleza; se podría decir que los bienes inembargables no pueden soportarlo; ¡ Desde luego que no ! , pero lo que sucede es que estos no son prenda general de acreedores.

Actividad. Sigue las reglas del embargo en cuanto al lugar, tiempo y forma; solo que el secuestro deberá producirse en el lugar donde físicamente se encuentren los bienes materia de la medida.

e) Procedimiento del secuestro.

1. Nacimiento. Para que nazca una medida de secuestro debe mediar una petición formulada al juez, una decisión que así la ordene, y una notificación por lo menos al demandante es decir, sigue las reglas generales del embargo.

2. Desarrollo. a. Manera de practicarlo. El secuestro en la legislación colombiana se perfecciona con la practica de la respectiva diligencia pero antes de llegar a ello deben darse los requisitos para ser decretados y para su ejecución : a lo cual me remito a lo dicho para el embargo. En la providencia que se ordena el secuestro, deberá señalarse día y hora para llevar a cabo la diligencia; o cuando el juez ha comisionado a otra autoridad, esta señalará el día y la hora respectivamente. Llegada la fecha y hora el funcionario se constituirá en diligencia pública en asocio de su secretario, de la cual se levantará un acta de lo que sucede en la misma con anotación de las partes interesadas y que asiste a la misma y auxiliares de la justicia en su caso. Esta diligencia debe iniciarse en el despacho del juez o autoridad comisionada para tal efecto, dentro de la llamada hora judicial (frente a esta situación de la hora judicial, tenemos que decir, que no resultó para nuestro medio una sana medida ya que por lo general los abogados nos acostumbramos a llegar unos minutos antes de vencerse dicho límite y con ello se entorpece toda la actividad del despacho que debe practicar otras diligencias; creo por lo tanto reducir el tiempo para dar comienzo a la diligencia que en la actualidad es de una hora, a un término de 15 minutos máximo). Iniciada la diligencia, el juez y el personal de la misma procede a trasladarse de inmediato al lugar en donde se encuentra los bienes materiales del secuestro; acto seguido el peticionario de la medida denunciará en detalle

los bienes que han de soportar la medida y una vez efectuado esto, el juez debe examinar si los bienes denunciados por el interesado pueden soportar la medida en caso negativo se abstiene de practicarla motivando su proveído, auto que es apelable en el efecto devolutivo. Si se trata de inmuebles que ya fueron embargados y al proceder a su secuestro, el juez observa su inembargabilidad, se abstendrá de practicarlo y levantará en la misma diligencia el embargo. Los bienes sobre los cuales se practica la medida de secuestro deben ser identificados plenamente, es decir, con anotación de todas las circunstancias posibles que impide confundirlos con otros e individualizarlos al máximo. Cuando se trata de inmuebles, el juez debe identificarlos por sus linderos, nomenclaturas, y demás circunstancias específicas; no queda completa la identificación del inmueble si se dice que, son los que se encuentran consignados en la petición formulada por el interesado o los que se encuentran en el despacho comisario etc., el juez debe recorrer los linderos del inmueble y dejar constancia en el acta lo más fiel posible de los linderos actuales. Cuando los bienes muebles objeto del secuestro están siendo materia de litigio en cuanto a su propiedad, posesión, etc., estos ya debieron haber sido identificados por el demandante al formular su pretensión, en tal caso, el juez deberá identificarlos de acuerdo con las circunstancias anotadas en el petitum a fin de establecer que los bienes que soportan la medida son los mismos que el demandante reclama. También es necesario que el juez deje constancia en el acta del verdadero estado de conservación de los bienes y en caso de no poder poner en funcionamiento una máquina, por ejemplo, debe pedir al ejecutado o demandado o a la persona que se encuentre en el lugar de la diligencia, que los ponga en funcionamiento, para establecer plenamente las condiciones en que se le entregue al secuestro ya que hoy se acostumbra a que si el televisor no está encendido en el momento de la diligencia se deja la constancia de : sin comprobar su funcionamiento, y vemos en la práctica si revisamos todas las diligencias que se practican a diario que la mayoría de los secuestros no

recaen sobre bienes en perfecto estado de funcionamiento, es decir, con cualquier acto de secuestro no podemos saber hasta donde va la responsabilidad del secuestre, ya que con el término " sin comprobar su funcionamiento " el secuestro puede devolverlos en cualquier estado y lo hace también sin comprobar su funcionamiento. Una vez relacionados los bienes materia del secuestro, procede el juez a conocer la palabra a las personas que se encuentran en el lugar en que se practica la diligencia a fin de manifestar lo que estimen conveniente si alguna de ellas formula oposición se debe dar trámite a esta (este punto se tocará al estudiar la oposición a esta clase de medidas). Acto seguido procede el juez a declarar embargados y secuestrados los muebles o secuestrados los inmuebles según el caso y a efectuar la entrega de los mismos al secuestre quien desde este momento entrará a responder por los mismos, seguidamente el juez declara cerrada la diligencia y se procede a la firma del acta por las personas que estuvieron presentes sea que haya intervenido o no.

b. Reglas que se deben tener en cuenta en el momento de la diligencia.

La legislación colombiana ha organizado una serie de reglas que deben acatarse durante la diligencia de secuestro : 1) Cuando se trata de derechos en comunidad y proindivisión. El artículo 682 del C.P.C. numeral 3 dispone: " Cuando se trata de derechos proindivisos en bienes muebles se procederá como lo dispone el numeral 12 del artículo precedente ", Como vemos esta norma habló de secuestro de derecho proindivisos en bienes muebles remitiendo dicha disposición el numeral 12 del artículo 681 que dice: " el de derechos proindivisos en bienes muebles se comunicará a los otros coparticipantes advirtiéndoles que todo lo relacionado con aquellos se deberá entender con el secuestre ", Si miramos las dos normas en su reacción podemos llegar a la conclusión que se consagran dos disposiciones para el mismo supuesto de hecho; pues que el embargo de muebles no puede perfeccionarse sino únicamente en el momento del secuestro, entonces, mal podría entenderse diferentes reglas para el embargo y para el secuestro de muebles.

Creemos al igual que otro exponente de este punto que seguramente se quiso decir: " inmuebles ", en el numeral 3o., del artículo 682, es decir, que en el caso de secuestro de inmuebles se seguirá la misma regla que para el embargo de muebles ya que como todos sabemos el embargo de inmuebles sigue otras reglas (16).

Por consiguiente, cuando en el momento del secuestro de los bienes, estos se encuentran en manos de uno o varios de ellos, se procederá a su identificación y le serán dejados a estos y se les advierte que en lo sucesivo se entiendan con el secuestro respecto de los derechos que tenga el comunero contra quien se decretó la medida. Es de anotar también, que se ha pretendido utilizar la diligencia de secuestro para despojar a otros comuneros de los bienes, cuando un comunero no ha ejercido posesión sobre los mismos y pretender obtenerla a través de un auto embargo de esos derechos. Esta situación anómala puede contrarrestar de la siguiente manera : si el comunero contra quien se decretó la medida nunca ha ejercido posesión, el otro comunero debe formular la respectiva oposición por tratarse de una posesión a nombre propio y no a nombre de la comunidad si en el momento de la diligencia se encuentra un comunero que deriva la posesión que ejerce por razón o a nombre de la comunidad deberá hacer tal manifestación en la diligencia allegando la prueba de tal afirmación para que la cosa le sea dejada en su poder con la manifestación de que en lo sucesivo se entiende con el secuestro respecto de los derechos de la persona con quien se decretó el mismo, (17).

Si se trata de inmuebles en comunidad y cada uno de los comuneros posee una parte del mismo y sin que haya efectuado la división, el secuestro se practicará sobre la parte que posee el comunero contra el cual se ha decretado la medida y se efectuará la entrega al secuestro,

Si el inmueble material del secuestro es común y se está explotando económicamente, por el otro comunero o por un administrador se le ordenará a este que ponga a disposición del juzgado el producto de los frutos a que tiene derecho el comunero contra quien se decretó la medida y para los efectos de la

administración de los derechos de éste, se entenderá con el secuestro. Con ello se pretende continuar con la explotación de inmueble y no perjudicar a otros comuneros. 2) Cuando se trata de vehículos, mercancías, muebles, enseres y demás bienes. Siempre que el secuestro recaiga sobre una de esta clase de bienes se procederá a depositarlos en una bodega destinada para tal efecto o un almacén General de Depósito por parte del secuestro sin son de aquellos a los cuales no es posible sacar utilidad o no están produciendo; porque si ello es así, deberá dejarsen dichos bienes en depósito a la persona que los tenía en el momento de la diligencia o al mismo demandado cuando hace parte de una actividad económica. Cuando se trate de vehículos de servicio público y este es prestado directamente por un Departamento, una Intendencia, una Comisaría, un Municipio o un establecimiento público o por medio de concesionario de éstos se podrá embargar solamente hasta la tercera parte de las utilidades líquidas que dichos vehículos produzcan; 684.2. Cuando se trate de vehículos de servicio público prestado por particulares, trátese de camiones, volquetas, taxis, etc., el secuestro podrá recaer sobre ellos y si estos están siendo explotados, sobre su producido o renta. En tales casos deberá el secuestro tomar el manejo o administración de los mismos, si estos se encuentran dados en arrendamiento se practicará el secuestro pero el bien se le dejará en manos del arrendatario y la renta deberá ser depositada a órdenes del juzgado. Ahora, pensemos en este caso: se solicita el embargo y secuestro de un vehículo, el juez lo decretó y ordena se libre oficio a la oficina de tránsito y transporte respectiva, para que esta tome nota del embargo; el vehículo está en poder de un tercero que alega posesión ¿ Ante la situación qué puede hacer este tercero?; Primero. No puede presentarse al proceso porque no es parte ni en su calidad de tercero a pedir el levantamiento del secuestro porque este no se ha practicado; entonces debe actuar así : Poner el vehículo a órdenes del juzgado que fue denunciado en la petición de embargo, a fin de que el juez señale fecha

y hora para el secuestro; formular la respectiva oposición y demostrar la posesión según las reglas del artículo 686 del código de procedimiento civil ; ¿ Qué puede suceder ? a) Que el juez admita la oposición y si el demandante no insiste en el secuestro porque no quiere o no se hizo presente, en tal evento el juez decretará su desembargo y ordenará se levante la anotación efectuada librando los oficios respectivos. b) El demandante se hace presente e insiste en la diligencia, en tal evento se dará aplicación al artículo 686 numeral 2 del código de procedimiento civil. Nos podemos preguntar si el juez puede practicar la diligencia de secuestro con presencia del vehículo cuando ordenó su anotación en la oficina de tránsito y transporte y sólo le faltaría practicar la diligencia cuando le pongan el vehículo a disposición en tal evento lo está haciendo el tercero, se podrá alegar en contra de la anterior solución que es necesario el demandante para efectuar la denuncia de bienes pero recordemos que el vehículo ya quedó denunciado por el demandante en el escrito petitorio del embargo respectivo. En resumen para que se tenga por embargado un vehículo como mueble que es, deberá practicarse su secuestro, veamos esta jurisprudencia que le es aplicable: " El sólo decreto judicial sobre embargo de bienes muebles no opera el fenómeno de sacarlos del comercio, desde luego que sin el secuestro o aprehensión material de los mismos en manos del depositario, el ejecutado continúa poseyéndolos, puede verificarse su tradición y enajenación de manera válida. El embargo de muebles comienza, pues, desde que ellos se entregan al depositario y dura mientras estén en poder de este. Deriva su funcionamiento jurídico del aforismo universalmente reconocido, que en el Derecho Francés se anuncia así: " En fait de meubles possession vaut titre ", principio inventado para proteger a los terceros poseedores de muebles que de buena fe los han adquirido a non dominio y que establece en favor del poseedor de un bien mueble una protección eficaz, una especie de presunción de propiedad en favor del poseedor, que arroja la carga de la prueba a quien persigue el bien con mejor derecho. Es obvio que permaneciendo

la tenencia, material de los muebles embargados en poder del deudor, puede transferirlos a tercero a título translativo de dominio aún después de ejecutoriado el auto de embargo; y ese tercero a quien la ley presume de buena fe basta prueba en contrario, no está en manera alguna ligado a las providencias dictadas por el juez executor ni está obligado a saber que adquiere bienes perseguidos a su tradente en el juicio ejecutivo. Quizá teniendo en cuenta la falta de propiedad del lenguaje empleado por el C.C. en el numeral 3 del artículo 1521 el legislador de 1931 fijó claramente en el código procesal la diferencia entre las figuras jurídicas embargo y secuestro como se observa al leer el artículo 274, en el cual se habla de inmuebles, y al relacionarlo con los artículos 1023, 1008, y 1019, inciso 2. De estas disposiciones resulta confirmado en textos del derecho positivo vigente en el embargo de muebles comienza desde que los bienes se entregan por el juez al depositario, no antes, ni por la sola virtud del decreto judicial del embargo " (18).

Si el secuestro recae sobre bienes tales como la sala de recibo o el comedor de la casa de habitación se dejarán en poder de la persona contra quien se decreta el secuestro, o en manos de uno de sus parientes quien actuará como de depositario a órdenes del secuestro y estos tan sólo podrá ser reiterados una vez dé orden de remate de los mismos. Considero que estos bienes debieron incluirse como inembargables, pues es tan indispensable la sala de recibo, el comedor de una persona como su propio lecho. 3) Cuando se trata de ganado: bovino, caballar, lanar, etc., o bienes depositados en bodegas. Cuando se practique el secuestro sobre estos bienes, el secuestro a nombrar debe ser una persona más o menos versada en la materia, a fin de poder dar a los animales el mejor cuidado y el mejor uso; desafortunadamente en nuestro medio el cargo de secuestro se convirtió en una forma de subempleo que pone en peligro la misma administración de justicia. En estos casos, lo mismo que los bienes depositados

en bodegas deben ser dejados allí hasta cuando el secuestre considere necesario trasladarlos a otros lugares; si son dejados allí deben ser asegurados para impedir que se extravíen: colocar porteros en la bodega, celadores en donde pasta el ganado, etc., todos estos gastos deben ser suministrados por el secuestre y son reembolsables una vez rindan cuentas de su administración. 4) Cuando se trata de almacenes o establecimiento similares. En estos casos lo lógico es lo que dispone la norma; hacer entrega del establecimiento comercial al secuestre quien seguirá manteniéndolo abierto al público quien podrá a disposición del juzgado el producto líquido obtenido. El secuestre debe continuar con los empleados y dependientes que laboran allí y no puede entrar a efectuar despidos injustificados; puede también nombrar personal para que le colaboren en sus gestiones de administración, cuando la norma habla de poner a disposición el producto líquido, quiere decir esto, que no puede entrar a descapitalizar el almacén sino que debe invertir y reemplazar la existencia agotada de acuerdo con las condiciones del mercado. No por el hecho del secuestro, el propietario queda separado totalmente de la administración del mismo, puede ejercer asesoría y vigilancia bajo la dependencia del secuestre; en estos casos debe hacer el secuestre el respectivo inventario de los bienes existentes, en compañía de las partes o de las personas designadas por estas, con el fin de establecer la cantidad de mercancía que se encuentra en el lugar; copia del inventario será presentada ante el juez y debe ser firmada por quienes participaron de la elaboración de dicho inventario esto quiere decir, que no se puede secuestrar individualmente los bienes o mercancías que integran el almacén, su secuestro será global y se tomarán los datos pertinentes a la denominación, clase de explotación y las partes generales que los integran, como estanterías clase de mercancías etc., (19). 5) Cuando se trata de cosechas. Trátase de cosechas pendiente o futuras; son pendientes aquellas que aún no han sido recolectadas y penden aún de la cosa que las produce; en este caso el secuestro se practicará identifican

do el inmueble en donde se encuentran por su ubicación y linderos, el area aproximada de sembrados la clase de plantación, edad de la misma, época aproximada de recolección, cantidad aproximada de fruto a recoger etc. Cuando se trata de cosechas futuras, es decir, cuando se encuentran las sementeras en la etapa de gestación y aún no ha alcanzado un crecimiento para poder establecer aproximadamente la magnitud de la cosecha; en este caso la actividad del secuestre será más dispendiosa porque la sementera deberá ser cuidada con mayor atención a fin de que alcance la madurez necesaria y esta no se pierda; en este caso el secuestre, teniendo en cuenta las condiciones de la sementera, podrá contratar agrónomos para que lo asesoren en la actividad de fumigación, riego, recolección, empaque, medios de transporte al mercado, etc., es decir, el secuestre debe desplegar una conducta diligente de un buen agricultor ya que entra a reemplazar a la persona contra quien se decretó la medida; los nombramientos los efectuará con autorización del juez. Los frutos o cosechas recolectadas deben ser puestas en el mercado procurando la venta al mejor precio posible y una vez vendidos los mismos y habiendo efectuado los pagos a que diere lugar, deberá consignar dichos dineros de inmediato a órdenes del juzgado y presentar las cuentas debidamente razonadas, además de los informes que debe rendir mensualmente.

6) Cuando se trata de empresas industriales, mineral y demás no incluídas anteriormente, La empresa está definida en el artículo 25 del Código de Comercio así : " Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración y custodia de bienes o para la prestación de servicios, Dicha actividad se desarrolla a través de uno de los establecimientos de comercio ". Con esta definición no queda duda que la empresa es una unidad constituida por un engranaje sincronizado y compacto para el desarrollo de las actividades económicas, Por lo tanto su secuestro será en bloque, no podrán secuestrarse bienes individualizados porque ello conllevaría a que el mismo engranaje saltara en mil pedazos y haríamos un mal al sistema económico y más gravosa la situación del demandado,

El personal seguirá laborando bajo la dependencia del secuestre, tanto el directivo, como de producción, y demás personas vinuladas al mismo; el secuestre podrá desempeñar las funciones de gerente o continuar con el que trae la empresa bajo su dependencia y responsabilidad, ya que este no podrá realizar actos de disposición en que comprometa la empresa sin la autorización del secuestre. Los propietarios podrán ejercer actos de asesoramiento y vigilancia sobre el secuestre sobre sus actividades como administrador y sobre los dineros por él recaudados y en su caso formular las quejas por actos irregulares del secuestre que redundan en perjuicio de la empresa. Cuando se secuestre maquinaria o equipos que funcionan en la empresa no podrán ser retirados por el secuestre sino una vez se haya decretado el remate de los mismos. 7) Quando se trata de dineros encontrados en almacén o empresa. Cuando se encuentren dineros en el lugar de la diligencia este podrá ser secuestrado y se ordenará su depósito a órdenes del juzgado. Es necesario tener cuidado cuando se encuentre dinero, pues este sólo se podrá secuestrar teniendo en cuenta la finalidad de la medida pues si se trata de un proceso ordinario en que discute dominio o un derecho constituido sobre la empresa el dinero no será objeto de tal medida, auncuando la norma dispone que el dinero que se ha encontrado en la empresa o establecimiento podrá ser secuestrado, ello no impide que también se pueda secuestrar dinero encontrado en la residencia del deudor cuando se ha decretado embargo y secuestro de los bienes muebles que se encuentren en ella. 8) Quando se trata de créditos y objetos preciosos. Cuando el secuestro ha de recaer sobre documentos crediticios u objetos preciosos, estos se practicarán una vez sean denunciados y se relacionarán en el acta con todas sus características que los hagan inconfundibles y se le entregarán al secuestre quien de inmediato procederá a depositarlos en una entidad bancaria o que preste este servicio, de lo cual se dará informe al juez. Cuando se trata de títulos que deben ser presentados para el cobro, podrá autorizarse al secuestre que los haga efectivos, y deposite su valor a órdenes del juzgado; en caso

de no obtenerse el recaudo del valor podrá el secuestro instaurar los respectivos procesos ejecutivos a fin de impedir que los mismos prescriban. 9) Cuando se trata de acciones, títulos y efectos públicos, al portador y efectos negociables nominativos a la orden o al portador. Para el secuestro de estos documentos se requiere la entrega de los mismos al secuestro (art. 681 inc.2 del C.P.C.), al respecto el código de comercio dispone: " La reindicación, el secuestro o cualesquiera otras afectaciones o gravámenes sobre los derechos consignados en un título valor sobre las mercancías por él representadas, no surtirán efectos si no comprenden el título materialmente ", es decir, el secuestro debe recaer sobre el documento que contiene el título a secuestrar con su respectiva especificación dentro del acta de secuestro y además su entrega material al secuestro, si por ejemplo, se pretende embargar bienes depositados en un almacén general de depósito y se ha expedido el respectivo certificado y bono de prenda se perfeccionará este sobre los títulos respectivos y con ello quedarán gravadas las mercancías objeto del depósito; si no se embarga y secuestra el título no es posible secuestrar independientemente las mercancías porque el derecho sobre estas se han incorporado al título y en caso de practicarse el mismo será inoponible al tenedor del certificado de depósito. Considero que el Almacén General de Depósito puede formular oposición al secuestro de la mercancía con base en el artículo 686 numeral 1 y 2 así: Si el almacén ya expidió el certificado de depósito se dará aplicación al numeral 2, es decir, se opone el almacén siendo tenedor de otra persona, quien sumariamente debe demostrar lo alegado; y si el juez admite, la oposición se abstendrá de practicar el secuestro, si el ejecutante insiste se dejará en calidad de secuestro al almacén general de depósito y se tramitará el incidente correspondiente pero de todas maneras el almacén se queda con las mercancías. Si las mercancías fueron negociadas con la respectiva entrega del título el secuestro será inoponible al tenor al respecto el artículo 1186 del código de comercio dispone: " Para que pueda expedirse certificados de depósito y bonos de prenda es neces-

rio que las mercancías correspondientes se hallen libres de todo gravamen o embargo judicial que haya sido notificado antes de la expedición de los documentos será inoponible a los tenedores ", de la redacción de la norma concluimos : si los bienes han sido depositados y ya operó la expedición de los documentos dichas mercancías no podrán ser embargadas ni secuestradas porque este será inoponible al tenedor de los documentos; si no han sido expedidos los documentos, el almacén no, podrá recibir las mercancías en depósito porque para tal efecto deben estar libres de todo gravámen, además el inciso dos del artículo 681 del C.P.C., dispone: " El de acciones, títulos y efectos públicos al portador y el de efectos negociables nominativos a la orden o al portador, se perfeccionará con la entrega del respectivo título al secuestro ", por lo tanto si los derechos sobre las mercancías depositadas se encuentran incorporadas al título no podrá embargarse y secuestrarse las mismas sin aprehensión del título. Cuando se secuestren los títulos arriba mencionados quedan sometidos por la medida, los dividendos, utilidades, intereses y demás rendimientos que produzcan, que deberán ser pagados al secuestro y este debe consignarlos a ordenes del juez, lo mismo que hacer efectivos los títulos a través del proceso ejecutivo; solicitar rendición de cuentas; también podrá el secuestro inspeccionar los libros y documentos de la sociedad como si se tratara de un accionista. 10) Cuando se trata de secuestros de naves. Cuando se trata de un proceso ejecutivo cuyo título goce de privilegio marítimo o hipotecarios, la nave que sea embargada puede ser secuestrada en cualquier puerto del país siempre y cuando tenga matrícula colombiana; en los demás casos sólo podrá ser secuestrada cuando se encuentre en el puerto de su matrícula, es decir, sólo los créditos hipotecarios sobre naves y los créditos consagrados en el artículo 1556 del Código de Comercio, permiten el secuestro de la nave fuera del lugar de matrícula. El artículo 1499 del código de comercio dispone : " Toda nave de matrícula colombiana podrá ser embargada en cualquier parte del país por los acreedores cuyos créditos gocen de

privilegio marítimo y, además, por los que sean hipotecarios. Los acreedores comunes sólo podrán embargarla mientras se halle en puerto de su matrícula. Se rán competentes los jueces del lugar en que conforme a este artículo debe ha- cerse el embargo, no sólo para el embargo mismo sino para conocer del corres- pondiente proceso de ejecución ". Nótese que este artículo en cuatro oportuni- dades habla de embargo cometiendo una impropiedad de terminología ya que este se perfecciona con el registro del auto de embargo y por lo tanto, creo se es- tá refiriendo al secuestro de la nave y como lo anotamos inicialmente la legis- lación colombiana es tajante en la diferenciación de las dos figuras. Cuando sobre una nave se ha constituido una comunidad aquella no podrá ser embargada ni secuestrada por deudas personales de uno de los comuneros; en tal evento se podrá embargar los derechos comunes y proindivisos que le correspondan a dicho comunero y el remate se efectuará sobre estos. Una vez decretado el embargo y secuestro de una nave no podrá recibir autorización de zarpe; pero si esta ya fue otorgada por la autoridad correspondiente, sólo podrá practicarse el secues- tro, si el crédito a que se refiere, la ejecución fue contraído con el objeto de aprestarla o aprovisionarla para el viaje. Es de anotar también que la imposibi- lidad de secuestrar una nave en aguas territoriales o dentro del territorio nacio- nal, por más de tres años, conlleva la prescripción del privilegio, contando a partir de la fecha del respectivo crédito (art. 1563 parágrafo 2 del código del comercio). 11) Secuestro de aeronaves. Solamente cuando se encuentren ejecu- toriada la sentencia que ordena llevar adelante la ejecución de un crédito en donde se ha embargado una aeronave podrá ser secuestrada; siempre que esté desti- nada al transporte público de pasajeros con matrícula colombiana , en caso con- trario podrá ser secuestrada con anterioridad a dicha sentencia; también lo po- drá ser aun cuando concurren aquellas circunstancias si la aeronave se encuentra fuera de servicio por un término de un mes. 12) Secuestro de explotación econó- mica. Siempre que el demandado ejerza posesión sobre un bien sujeto a registro

del cual no obstante el dominio se podrá embargar y el derecho derivado de la posesión sin título de un inmueble de propiedad privada, o la explotación económica sobre un terreno baldío. Nótese que el artículo 515 del C.P.C., habla de bienes sujetos a registro, por lo tanto, si la posesión se ejerce sobre muebles sujetos a esta ritualidad también es posible secuestrar la explotación económica. Con esta posibilidad de secuestro, se modifica el régimen existente en la ley 105 de 1931 el cual no lo permitió y era necesario para practicar el secuestro de un inmueble que el embargo estuviera registrado dejando abierta la puerta para el fraude de los demandados cuando este sólo tenía la posesión del inmueble. Este hecho se hizo notar por lo menos por el profesor LUIS FELIPE LATORRE, y sus alumnos lo incluyen tal vez, al redactar el decreto 1400 de 1970 veamos:

" Con todo, nos parece que el legislador en este punto adoptó una medida exagerada y por este aspecto injusta. Muy bien que si del certificado aparece que la propiedad está inscrita a favor de un tercero, se decrete el desembargo de plano, porque nada justificaría llevar adelante el asunto para rematar un bien ajeno a sabiendas de que es ajeno y quien es el dueño. Pero si de la certificación resulta que esta propiedad no está inscrita a favor del ejecutado no de nadie, y se acredita satisfactoriamente que el ejecutado posee material y positivamente la cosa y, más aún, que la ha poseído en sana paz y en forma continua por todo el tiempo requerido para la usucapión extraordinaria, creemos que el embargo debe mantenerse, debiéndose practicar en tal caso, con consideración de lo dispuesto en el artículo 1015 la diligencia de depósito, para ver si se interpone algún opositor (artículo 1021). Si nadie se opone o el que se presente sale vencido en el incidente, no vemos porqué se halla de desembargar la finca, y evitar el remate, con grave perjuicio del acreedor y en provecho exclusivamente del deudor. Aplicando el artículo 1008 (inciso 2) con todo el rigor de su tenor literal, no se consigue sino establecer una especie de inmunidad a favor de centenares y miles de deudores (muchos acaudalados) que poseen y bene

fician valiosos predios sin título inscrito, por falta de liquidación de sucesiones u otras causas, pero a quienes nadie le discuta esos bienes, que si tienen ese defecto, también tienen para el poseedor la ventaja, practicamente, de ser inembargables, por otra parte, como con ese criterio pierden su valor dos preceptos legales de gran importancia: el artículo 762 del C.C. que consagra la presunción de dominio en favor del poseedor y el artículo 10. de la ley 120 de 1928 que otorga a los acreedores, el derecho de alegar la prescripción adquisitiva en favor de sus deudores, para poder perseguirles los bienes respaldados con ese título " (20).

3. Terminación. Tanto las diferentes formas de terminación del secuestro serán abordadas al estudiar las formas especiales de levantamiento del embargo y también le son aplicables las formas de normal y anormal del proceso cautelar general al cual nos remitimos.

f) Efectos del secuestro. Materiales. Los efectos materiales directos que producen el secuestro es la pérdida de la tenencia de bienes sobre los cuales este recae. Por lo tanto, pierde la posibilidad de custodiarlos, guardarlos, administrarlos, etc., y pasan ahora a manos del secuestre; el demandado puede ser depositario de los bienes secuestrados pero a título mucho más precario que la tenencia, toda vez que con la simple ostentación material sólo podrá guardarlos, custodiarlos, hacerlos rendir etc. bajo la vigilancia y autorización del secuestre, pudiendo este retirarlos de manos del demandado en el momento en que lo considere necesario.

Debemos aclarar también que por el hecho del secuestro el demandado, no pierde la posesión ni la interrumpe sobre los bienes que lo soportan, ya que este podrá obtener el levantamiento del embargo y secuestro y recuperar la tenencia

del mismo, sin pensar que ha vuelto a entrar en posesión de los mismos, así se ha pronunciado también la jurisprudencia. " No interrumpe el secuestro la posesión cualquiera que sea la clase de juicio que se trate . El secuestro no interrumpe la posesión de quien en definitiva viene a obtener en su favor el levantamiento del mismo. En conclusión se impone con perfecta lógica el artículo 29 de la ley 95 de 1890; y ello es así, cualquiera que sea la clase de juicio de que se trate. Por eso refiriéndose al secuestro de juicio de sucesión pudo decir la corte en sentencia de casación de 12 de Noviembre de 1959, lo siguiente : ' ... Poca exactitud se encuentra al pensar que el secuestro en sucesión se hace a nombre de la universalidad de bienes, puesto que la herencia no es persona natural ni jurídica. Quien como secuestro se halla en relación con el objeto carece de toda voluntad de señorío y representa en todo tiempo y en definitiva a quien por virtud del decreto judicial está llamado a guardar el objeto de su patrimonio ." (21).

" El secuestro de la cosa poseída no la interrumpe, - el secuestro no interrumpe la posesión, pues existe compatibilidad entre estos fenómenos jurídicos. En los artículos 2523 y 2524 del código civil, que consagra los casos en que se presenta el fenómeno de la interrupción natural y civil de la prescripción adquisitiva, no figura el secuestro de la cosa poseída. Recuperada la tenencia por el demandado, haya sido o no perdida por él o por alguno de sus antecesores, tal recuperación, en ausencia de prueba en contrario, debe considerarse legalmente lograda y no interrumpida, la posesión, por consiguiente. Al respecto cabe recordar la jurisprudencia de la corte, contenida en las casaciones entre otras - de 4 de Julio de 1932 (XL, 180) y Septiembre 30 de 1954 (LXXVIII, 698), según las cuales " ni el embargo, ni el depósito de una finca implica la interrupción natural ni civil de la prescripción. El poseedor sea el deudor o un tercero, no pierde la posesión " (22). ¿ Pero entonces cuando pierde la posesión de los

bienes embargados el demandado?cuando estos sean adquiridos por remate a otra persona o cuando el juez ordene su entrega al demandante triunfador.

Procesales. Producen los mismos que el embargo por lo tanto nos remitimos a lo dicho allí.

Económicos. Los gastos de la diligencia corren a cargo del demandante pero deberán ser reembolsados por el demandado si este pierde el proceso, tales como honorarios del secuestre, transportes, alimentos para el personal de la diligencia. (artículo 393 numeral 3 del C.P.C.),

III. FASE DE TERMINACION DEL EMBARGO

El embargo como proceso cautelar que es, se puede terminar normal o anormalmente.

A) TERMINACION NORMAL

En este aspecto el embargo sigue las reglas generales establecidas para el proceso cautelar sin que advirtamos algo especial en ello. Por lo tanto nos remitimos a la prte general (23).

B) TERMINACION ANORMAL (DESEMBARGO) (24)

Fuera de los casos establecidos para el proceso cautelar en general consideramos que el embargo específicamente puede terminar (25) así:

a) Levantamiento de embargo en inmuebles. Está reglamentado en el artículo 681, inciso 2 del numeral 1 que dispone: " Si el certificado aparece que el bien no pertenece a la persona contra quien se decretó, el embargo, el juez de oficio o a solicitud del propietario o de cualquiera de las partes ordenará

su cancelación ". Consideramos que este problema se resuelve mejor no inscribiendo el embargo ya que si el inmueble no aparece en cabeza del ejecutado para qué inscribir un embargo para luego levantarlo aún de oficio; creo que este es otro ajuste que se debe hacer al C.P.C., y establecer que el registrador no inscribirá el embargo ordenado y procederá a devolverlo al juez; y para que no queden dudas, la devolución del oficio irá acompañado de un certificado de registro del inmueble; las expensas de este certificado deben ser suministradas por el embargante en el momento de someter el oficio de embargo a registro; dé todas maneras se va a necesitar dicho certificado, sea que se inscriba el embargo para efectuar el secuestro o sea que no, por las razones anotadas.

En caso de no aceptarse la anterior proposición de ajuste considero que debe establecerse la condena en perjuicios, ya que si se ha inscrito el embargo sobre un bien del cual no es propietario el demandado sino un tercero, este no podrá disponer de su inmueble, ya que si lo enajena la escritura pública no la registrarán y el propietario por lo tanto, incumplirá sus obligaciones contraídas, tendrá luego que pedir el certificado del registro para que el juez acceda a su petición. Además si el tercero pretende cobrar los perjuicios debe iniciar el largo y tortuoso proceso ordinario para obtener la respectiva indemnización; esto sin agregar el hecho de que muchos jueces no revisan bien el certificado o no lo exigen para practicar el secuestro del inmueble y se podría decir, que es en este momento en que materialmente el tercero se entera del embargo de su inmueble; si lleva el certificado del registrador levantan el embargo y como consecuencia el secuestro, pero no hay condena en perjuicio; para demostrar ello basta observar el proceso ejecutivo de Ismael Quintero contra la sucesión de Aquila Barragán García, que cursó en el juzgado 12 civil del circuito de Bogotá; en tales casos solo quedaría un camino para que se produzca la condena en perjucios y sería iniciar el levantamiento del secuestro por la causal sexta del ar-

título 687 para demostrar la posesión ya sabemos que para este caso si existe condena en perjuicios; una vez levantado el secuestro llevar ante el juez el certificado del Registrador para el levantamiento del embargo; claro está que no falta la juzgada de mala fe del ejecutante, como sucedió en el caso referido, que una vez instaurado el incidente del levantamiento del secuestro y corrido el respectivo traslado y practicadas las pruebas, apareció el ejecutante con el certificado del registrador y a fin de que el juez lo examinara y diera aplicación al artículo 681, inciso 2, numeral 1; y efectivamento se levantó el embargo y por consiguiente el secuestro, y el incidente iniciado para obtener la condena en perjuicios se dió por terminado por sustracción de materia enviado al perjudicado a iniciar proceso ordinario; claro está que el juez debió hacer la respectiva condena en perjuicios en el auto que daba por terminado el incidente ya que el embargo y secuestro habían sido abusivos (26).

b) Si el demandado presta caución, Se puede obtener el levantamiento de las medidas de embargo y secuestro practicadas dentro del proceso ordinario (art. 519) cuando el demandado presta caución o garantía de un crédito que se está cobrando o lo que la medida está asegurando; con inclusión de las costas, perjucios y demás reclamaciones accesorias; esta cuantía debe ser calculada prudencialmente por el juez y no puede exceder de los límites mencionados con anterioridad; la suma de dinero que se consigna se considerará embargada y estará a disposición de las resultas del proceso; al decir el artículo 687.3, que el demandado en proceso ordinario puede prestar caución que garantice lo que se pretende asegurar con la medida, surge la pregunta ¿ Puede prestarse caución diferente de dinero en este caso ?, la respuesta es sí ; ya que el mencionado artículo no hace referencia exclusiva al dinero sino que habla de caución y estas pueden ser prestadas en dinero, reales, bancarias, etc., según el art. 678 del C.P.C., pero en tratándose de procesos ejecutivos se puede prestar caución bancaria o de compañía de seguros que garantice la consignación si ello se efectúa dentro del término para

cumplir la obligación, en caso contrario y en cualquier estado del proceso debe ser en dinero, ya que así lo exige el art. 519 del C.P.C.. No es aplicable el caso del artículo 519. 3.- A los procesos ejecutivos hipotecarios veamos la jurisprudencia: " Levantamiento de Embargo. No es aplicable el inciso 3 del art. 519 del Código de Procedimiento Civil al proceso ejecutivo hipotecario 1.- El inciso 3 del art. 519 del C.P.C., dice : " Con la salvedad indicada en el inciso anterior y dentro del término para cumplir la obligación, podrá obtenerse el levantamiento del embargo si se presta caución bancaria o de compañía de seguros por el monto que el juez señale, que garantice la consignación a órdenes del juzgado del valor del crédito y las cosas, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que desestime las excepciones, del auto que acepte el desistimiento de ellas, o de la sentencia que ordene llevar adelante la ejecución según fuere el caso .

" Ahora bien ¿ Podrá aplicarse el inciso 3, del art. 519 antes transcrito al proceso ejecutivo con título hipotecario ? La respuesta es negativa, en efecto: la norma empieza diciendo que dentro del término para cumplir la obligación, lo que supone que se trate de un proceso ejecutivo singular, debido a que la disposición se refiere al cumplimiento de las obligaciones de pagar sumas de dinero, de que trata el art. 498 de dar en el art. 499 de hacer en el art. 500 y de no hacer en el art. 501 del C.P.C., además el art. 555 del mismo Código impide al juez la obligación de decretar el embargo y secuestro del bien hipotecario o dado en prenda, situación diferente a las medidas cautelares previas del embargo y secuestro que deben solicitar por el ejecutante dentro de los procesos ejecutivos singulares y en los cuales si se justifica la existencia de una norma como en el inciso 3 del art. 519 del C.P.C. 2.- No hay tampoco norma que en forma expresa autorice la remisión como sí existe en el inciso 4 del art. 555 del C.P.C. respecto al embargo, secuestro, avalúo y remate de bienes, lo que indica que el legislador quiso excluir la aplicación del inciso 3 del art. 519 del C.P.C.

debido al principio de hermenéutica que anuncia diciendo que la inclusión de un caso produce la exclusión del contrario (*inclusio unius, exclusio alterius*).

"No existiendo norma que indique que debe ser aplicado al art. 519, siendo diferente la naturaleza de los procesos ejecutivos singular e hipotecario por cuanto si bien ambos buscan el pago, el primero tiene como garantía el patrimonio del deudor y el segundo el mismo " bien " objeto del gravamen, debiendo el juez decretar al admitir la demanda el embargo del bien hipotecado y no existiendo término para cumplir la obligación, ya que si no se formulan excepciones o no hay oposición se dicta sentencia, se debe concluir que la providencia del juez a que se ajusta en un todo a derechos y debe confirmarse. 3.- No hay analogía la ubicación de la norma dentro del contexto del ordenamiento procesal, la finalidad de caución y la diferencia entre las medidas cautelares en las dos clases de procesos ejecutivos que en el ejecutivo hipotecario no puede aplicarse al inciso 3 del art. 519 del C.P.C. " (27)

La misma solución es aplicable para el ejecutivo para suscripción de documentos consagrada en el artículo 501 del C.P.C. ya que el embargo es presupuesto para librarse mandamiento de pago, y el objeto de la cautela es mantener el inmueble en cabeza del demandado a fin de poder registrar la escritura, cuando el demandado la suscriba o en su lugar la efectúe el juez, ello porque se desnaturalizaría el mismo proceso, en razón de desaparecer su supuesto básico.

c) Por terminación del proceso ejecutivo. Si se da por terminado el proceso ejecutivo hay que levantar los embargos y secuestros practicados, desde luego que la terminación debe ser diferente al pago, porque si ello es así, se da aplicación al art. 537 del C.P.C.; aun cuando esta norma en este numeral sobra

(art. 687.4) ya que para el caso regulado, se está refiriendo a las terminaciones anormales del proceso y el inciso final del mismo artículo da condena en perjuicios para el numeral cuarto, por lo tanto, debemos concluir que la terminación no es por pago y ya en el primer numeral había hablado de desistimiento y el artículo 346 había regulado lo relativo a la perención del proceso; claro está que hay que aclarar que no es posible la perención en los procesos ejecutivos pero cuando se den sus supuestos hay levantamiento de los embargos y secuestros practicados, es decir, se crearon varias normas para decir lo mismo.

" Efectos de la Administración de pago hecha por el actor diferencia con el desistimiento.- se promovió la acción ejecutiva de que se habló en el proceso con fundamento en la certificación de la superintendencia bancaria sobre existencia de un sobregiro vencido y no pagado, esto es, en la existencia de una obligación clara, expresa, exigible a cargo de los ejecutados y a favor de la entidad, demandante si se tiene en cuenta que dichas certificaciones satisface las exigencias del art. 488 del C.P.C., en armonía con el art. 1 de la Ley 1948 norma esta última que prescribe que los certificados de la Superintendencia Bancaria respecto a saldos a favor del banco tiene la virtud de títulos ejecutivos.

" El juzgado dictó la orden de pago solicitada mediante providencia del 20 de Febrero de 1975 y como los sujetos pasivos de la relación inicialmente no pudieron recibir la respectiva notificación personal se les emplazó por edicto según los trámites del art. 318 del estatuto procedimental y se les designó curador ad-litem a efectos de proseguir con este el proceso y a quien por lo demás se les notificó del mandamiento ejecutivo.

"Incorporados directamente a los autos los ejecutados propusieron las excepciones de pago, cobro de lo no debido y compensación, las que se tramitaron

pero que no se decidieron en virtud de que cuando el incidente se encontraba pa-
ra desatarse, el apoderado de la entidad ejecutante presentó el escrito de fecha
25 de Octubre de 1976, por medio de la cual daba por terminado el proceso por
pago de la obligación. El juzgado como era obvio en vez de decidir las excep-
ciones dictó el auto que es objeto del presente recurso de alzada, accediendo a
lo solicitado.

" Porque si las obligaciones se extinguen por el pago de los que se de-
be al tenor de los arts. 1625 del C.C. y el acreedor o su apoderado con autori-
zación para ello así lo expresa en escrito dirigido al juez de la causa, no que-
da en realidad otra alternativa a juicio de la sala que creerle y aceptarle a
dicho acreedor o mandatario la manifestación que de manera directa y espontánea
formula en tal sentido. Y es por esto por lo que el juzgado tenía que acceder
y en consecuencia despachar favorablemente la petición de dar por terminado el
proceso y demás pedimentos consecuenciales, pues estaría fuera de lugar poner
en duda manifestación de tal naturaleza, ya que el hecho de pago dimana del mis-
mo demandante, es este un modo de extinguir las obligaciones previstas por la
ley, y, además, sólo a dicho demandante puede interesarle la presecución del
proceso o su suspensión o terminación.

" Pero se dirá que no se dice por los ejecutados que la demanda ejecuti-
va, incoada fue temeraria, puesto que fue iniciada como habían sido descargados
los títulos valores (cheques) por pago de los mismos, más la afirmación que
se hace no consulta la realidad jurídica procesal como pasa a comprobarse. En
efecto, consta en el expediente (Fl. 6 sdno. principal), que la demanda eje-
cutiva y la de medidas cautelares fueron presentadas al juzgado del conocimiento
el 15 de Febrero de 1975, sin que aparezca constancia alguna de que hubiere

cancelado el sobre giro cuyo valor se cobra por medio de este proceso ejecutivo, y más bien obra en el expediente (fl. 2) la certificación sobre existencia de la suma sobregirada en 30 de Septiembre de 1974.

" Y más aparte del hecho anotado aparece que el propio demandado señor Luis Vicente Alayón Soler (fl. 30), hace explícita manifestación de que los cheques que dieron origen al sobregiro en cuestión fueron consignados y negociados por el Banco en el mes de Julio del año pasado (1974)... Corresponden al Banco Popular Sucursal o Agencia Villa de Leyva (Boyacá) y fueron devueltos por la causal FONDOS INSUFICIENTES como ya se dijo y se deja constancia estos cheques fueron negociados por el Banco y por dicha situación la cuenta correspondiente a Vicente Alayón S. , quedó en un sobregiro por igual valor, el que se encuentra la fecha vigente y por el que el Banco dió poder especial al Dr. Germán García R. quien ha iniciado la ejecución respectiva ... ".

" Luego para la fecha de ese escrito (Julio 4 de 1975), el demandado Alayón Soler reconoce que estaba vigente al susodicho sobregiro, o lo que es lo mismo, que la deuda demandada no había sido pagada mucho menos lo estaba la fecha en que se promovió la acción.

"Siendo lo anterior cierto no era necesario entrar a decidir las excepciones propuestas, ya que por declaración y voluntad del propio interesado, en este caso el mandatario del demandante que tenía poder para recibir, desistir, transigir, sustituir y efectuar todas las diligencias necesarias encaminadas al éxito de la acción , el proceso ejecutivo había terminado por pago de la obligación, es decir, que la razón de ser de la pretensión había sido satisfactoriamente cumplida o realizada y era entonces inoficioso proseguir dicho proceso. Ahora bien, cuando termina un juicio por pago con el presente caso, y no por desistimiento

no hay, fundamento para hacer condenaciones en costas ni perjuicios tal como se pidió por los ejecutados, pues se repite no se trata de una sentencia de excepciones, sino simplemente de la terminación del proceso por la vía normal del pago. Por esta misma razón no la habrá tampoco a cargo de los demandados.

" Terminado entonces el proceso obviamente que no habrá posibilidad de tramitar caución alguna por lo que el juzgado al disponerlo así se ajusta a de rechos.

"No sobra advertir que si las partes en este proceso y por razón o causa de este tuvieron reclamaciones que formular entre sí tiene abierta la vía procesal que consideren oportuna y legal en orden a lograr su adecuada solución pero jamás mediante los trámites de esta ejecución que como se sabe terminó por pago de la obligación al decir del propio demandante " (28).

d) Por vencimiento del plazo después de la ejecutoria de la sentencia.

Existe un plazo de tres meses para que se promueva la liquidación de la sociedad conyugal cuando una sentencia civil, o eclesiástica sobre nulidad, divorcio del matrimonio civil, separación de bienes ha decretado la disolución y se han practicado medidas de embargo y secuestro sobre bienes que pueden ser objeto de gananciales; caso contrario, es decir, no promoverse la liquidación ni hecho las publicaciones para la notificación del auto admisorio de la demanda se levantarán aún de oficio las cautelas; quiere decir esto que también opera el levantamiento a petición de parte.

e) Levantamiento del embargo y secuestro para perfeccionar otro. Esta-

mos frente al levantamiento de las medidas de embargo y secuestro practicadas en un proceso para dar paso a las decretadas en otro, que por razón de su naturaleza tiene prelación.

Primero, por razón del proceso ejecutivo con título hipotecario o prendario, cuando en un proceso de cualquier naturaleza se practiquen medidas cautelares sobre bienes que soportan una hipoteca o varias, las medidas que se decreten en los procesos hipotecarios sobre los mismos bienes tiene prelación, es decir que si se han inscrito embargos por razón de un proceso ejecutivo por lo regular el registrador de instrumentos públicos una vez se alleguen el oficio de embargo por razón de hipotecario procederá a inscribirlo y previamente a este efectuará el respectivo levantamiento de la inscripción inicial y dará comunicación inmediata al juez que conoce del proceso cuyo embargo se ha levantado; si el juez ha practicado el secuestro sobre el bien una vez allegada la comunicación del registrador levantará el secuestro ya que no puede existir secuestro de un inmueble si no hay un embargo inscrito (salvo el caso del secuestro de bienes en el proceso de sucesión). Lo mismo sucederá si se ha demandado un proceso hipotecario cuyo título fue el primero en inscribirse y se decreta el embargo del bien, procederá por tanto el levantamiento del primero.

Segundo, por razón del proceso ejecutivo; cuando dentro de los procesos de nulidad, divorcio del matrimonio civil, separación de bienes, liquidación de la sociedad conyugal se decrete y practique el embargo y secuestro de bienes gananciales que se encuentren en cabeza del otro cónyuge, no impedirá que se perfeccionen los embargos y los secuestros decretados en los procesos ejecutivos siempre que estos se practiquen antes de quedar en firme la sentencia favorable al demandante en aquellos procesos; quiere decir esto, que si queda ejecutoriada la sentencia favorable al demandante no podrá levantarse el embargo y secuestro para dar paso a los de ejecución. Para el caso de levantarse las medidas cautelares practicadas en los procesos inicialmente mencionados deberá procederse tal y como si se tratara de la prelación del embargo en el proceso con título hipotecario. Sin embargo, en este caso quedará embargado el remanente

y los que llegaren a desembargar se considerarán embargados para los fines del proceso de nulidad, divorcio o separación de bienes.

Frente a los anteriores, hemos visto con sorpresa que se está utilizando esta forma de prelación de embargos para defraudar los intereses del otro cónyuge demandante cuando el demandado se entera de la práctica de las cautelas sobre los bienes que están en su cabeza y son gananciales, inmediatamente procede a otorgar créditos ficticios a fin de que sea demandado en proceso ejecutivo con el objeto de levantar las medidas de embargo y secuestro decretadas y practicadas en los procesos de nulidad, divorcio y separación de bienes, y una vez obtenido el levantamiento por parte del registrador que procede a inscribir el del ejecutivo y dan por terminado este proceso por pago o por cualquier otra razón y con ello obtener el levantamiento de las medidas que prevalecieron en el registro y de inmediato enajenar los bienes. Ante la situación anterior, salvo mejor criterio en contrario, el juez del proceso ejecutivo al dar por terminado este, debe proceder a poner a disposición de los bienes al juez de proceso de nulidad, divorcio o separación de bienes ya que así lo dispone la norma : " El remanente no embargado en otras ejecuciones y los bienes que en esta se desembarguen se consideran embargos para los fines del proceso de nulidad del matrimonio, divorcio o separación de bienes ". (art. 691.2)

Por lo tanto, si el juez del proceso ejecutivo levanta el embargo sobre estos bienes aún cuando libre el oficio al registrador para que proceda de conformidad, los bienes seguirán embargados por el proceso de nulidad, etc. y si se enajenan, la negociación es nula por objeto ilícito. Se podrá alegar contra la tesis antes sostenida que no hay embargo sobre bienes inmuebles sin registro, esto es cierto, pero la norma es clara y dispone que: ... se considerarán embargados ...; si la ley los considera embargados sin registro pues nada podemos ha

cer contra ello; pensar de otra manera, es ampararse en la misma ley con el objeto de maniobrar de mala fe y defraudar el espíritu de la norma; aun cuando puede dar lugar a una responsabilidad del juez al librar el oficio de desembargo y no poner los bienes a disposición del otro proceso. Este criterio lo reforzamos con el concepto del profesor Julio González Velásquez, en su obra citada y con base en una jurisprudencia de la Corte en tal sentido; haciendo notar que tanto el concepto del autor González y la jurisprudencia se produjeron con anterioridad a la vigencia del actual C.P.C., es decir, con vigencia de la Ley 105 de 1931, cuando no existía norma, que pudiera dársele este tratamiento; hoy por lo tanto el criterio tiene mayor respaldo legislativo: veamos: " Previamente a la iniciación de los juicios de nulidad y divorcio y con posterioridad a ella, es procedente la orden y práctica de medidas orientadas a salvaguardar los intereses de los cónyuges, entre las cuales se destacan el embargo y el secuestro (art. 273 y s.s.), para que una vez finalizados aquellos no sean ilusorios económicamente sus resultados, por maniobras dolosas de uno de los cónyuges. Decretadas esas medidas preventivas se presenta el interrogante de saber si en armonía con los artículos 280, 295 y 1013 tiene fundamento o no decretarlas y practicarlas a juicio distinto promovido por quien o quienes gocen de la calidad de los terceros.

" En nuestro sentir, es justo que el tercero no sea lesionado en sus intereses por medidas accesorias decretadas en procesos entre los cónyuges. El embargo y el secuestro son dispuestos y verificados en intereses inmediatos de los cónyuges para asegurarles los gananciales que les corresponden en la sociedad conyugal, es decir, se infiere que no deben vedar la acción de los terceros. Es claro que el procedimiento de divorcio o en el de nulidad no se contemplan las mismas características de la medida preventiva que en el juicio entre personas no ligadas por un vínculo matrimonial, por lo que no ha de tener iguales consecuencias así como en la acreencia hipotecaria o en la prendaria (art. 1198) el embargo y secuestro decretado no tiene en su eficacia el obstáculo de

uno anterior, así tampoco debe tenerlo el que disponga sin embargo de haberse decretado otro antes entre el cónyuge. Además apoya más lo expuesto la consideración de que si no fuese así, en la práctica se propiciará el entendimiento entre los casados para la fácil burla de los acreedores, lo que no es aceptable, pues bastaría proponer un juicio de divorcio e impetrar el embargo y el secuestro para colocarlos en verdadera imposibilidad de perseguir la eficacia de sus créditos.

" Ahora, los efectos del nuevo embargo y secuestro que se practique sobre bienes anteriormente objeto de esa medida no son obsoletos, pues únicamente se suspende por él la eficacia del anterior, de suerte que en el supuesto de que dicho embargo y secuestro desaparezca, recobrar su vigencia anterior, tesis racional que esta lejos de propiciar los arreglos dolosos de un cónyuge con presuntos acreedores y en perjuicio del otro.

"Así, no son fáciles dichos arreglos y se acoje las normas de justicia. En concreto se tiene pues, que si lo secuestrado posteriormente no es rematado y es hecho el levantamiento del embargo y secuestro, recobra su vigencia, automáticamente, el ordenado con anterioridad.

" Por otra parte, la jurisprudencia ha sentado que "... Cuando se trata de liquidar la sociedad conyugal, las acciones recíprocas de los cónyuges están supeditadas, limitadas por las acciones de los acreedores. Han de satisfacer en primer término, los créditos pasivos de la sociedad conyugal, y una vez cubiertos, el sobrante es la medida de su acción de acuerdo con aquella célebre frase : " El interés es la medida de la acción ". Ciertamente, no hay ley expresa que autorice la cancelación del embargo decretado a petición de la cónyuge, cuando sobreviene un embargo posterior por obra de un tercero, pero simples

reglas de analogía autorizan ese procedimiento. Cuando se ejerce una acción real en juicio especial, el embargo o secuestro pone fin al decretado en juicio con acción personal (art. 1198 ...) (G. Judicial, N. 271 pág. 2074)." (29).

Sobre la prelación del embargo ver jurisprudencia: " La reposición fue denegada por no haber presentado el recurrente las razones en que se fundaba para pedirla, como lo exige el art. 348 del C.P.C., más concedió la alzada que actualmente se decide, y que no presenta igual comportamiento, que el del juez, a que por razón de que no se precisa en nuestro estatuto procedimental, la sus tentación del recurso de apelación. Para desatar favorablemente el recurrente su apelación, tendiente a obtener que se lleve adelante el secuestro en el pre sente juicio a pesar de que el referido automotor se encuentre aún secuestrado basta asegurar que esa medida precautelativa, adopta en juicios sucesorales o de separación de bienes o de liquidación de sociedades ni han circunscrito los efectos de esas medidas a garantizar los derechos de los sucesores hereditarios, conyuges o socios entre sí, sin perjudicar las acciones accesorias a los juicios de los ejecutivos, prendarios o hipotecarios y lo permite expresamente el ordinal 2 del art. 691 del C.P.C., que dice : " Medidas cautelares en procesos de nulidad y divorcio de matrimonio civil, de separación de bienes y de liquidación de sociedades conyugales.

" 1... " ¿. El embargo y secuestro practicados en estos procesos no impe dirán perfeccionar los que se decreten sobre los mismos bienes en procesos de eje cución antes de quedar en firme la sentencia favorable al demandante que en aque^{ll}as se dicte.

En atención a lo expuesto que hasta al efecto debe revocarse la decisión apelada ... " (30).

f) Por razón del proceso de expropiación. Una vez dictada la sentencia que decretó la expropiación se procederá a su registro junto con el acta; si sobre el bien materia de la expropiación recae un embargo decretado y practicado en otro proceso, el registrador deberá levantarlo y dar comunicación al juez del proceso de expropiación para que el respectivo precio de la indemnización sea puesta a disposición del juez que decretó la medida y con ella satisfacer la pretensión allí demandada; esta comunicación deberá también enviarse al juez del otro proceso, es decir, el que decretó el embargo; para que proceda a levantar el secuestro si se ha consumado; desde luego que esto no lo dice la norma de la expropiación (art. 451 y s.s. C.P.C.) pero es lo lógico a realizar porque el bien que adquiere el Estado de esta manera no puede quedar gravado con cautelas (art. 454 del C.P.C.).

g) Por vencimiento del término para demandar el proceso ejecutivo. Esta forma de levantamiento de la medida de embargo y secuestro, se presenta cuando dentro del proceso de lanzamiento se ha alegado la causal mora en el pago de la renta de arrendamiento y se ha pedido el derecho de retención que consagra para el caso del artículo 2.000 del Código Civil y se han decretado y practicado medidas de embargo y secuestro sobre bienes de propiedad del arrendatario de - mandado, para asegurar el pago de las rentas debidas y el demandante triunfa es decir, se decreta el levantamiento si ejecutoriada la sentencia y dentro del término de cinco días el demandante no instaura el proceso ejecutivo para el cobro respectivo.

No podrá el demandante iniciar demanda ejecutiva por las costas y gastos del proceso pues la liquidación no podrá obtenerse dentro de ese reducido término de cinco días posteriores a la ejecutoria de la sentencia por lo cual sólo se demandará el valor de las mensualidades no pagadas a fin de impedir que se levanten

ten las medidas cautelares y una vez obtenida la liquidación el demandante podrá incluir el nuevo crédito a través de la reforma de la demanda si no ha vencido el término del artículo 89 del C.P.C., y si ya venció deberá acumular de manda ejecutiva. Por lo tanto considero, que el término de cinco días es demasiado corto ya que es imposible dentro de ese término solicitar la copia de la sentencia, con las respectivas constancias de notificación, ejecutoria; además el desglose el contrato de arrendamiento, que el juez lo decrete y el secretario dé cumplimiento a estas dos peticiones, elaborar la demanda ejecutiva y so meterla a reparto; se debió a este caso dar un término más amplio; este punto debe ser considerado en el ajuste al código ; (art. 434.11).

h) Por prosperidad del beneficio de excusión, El levantamiento de las medidas de embargo y secuestro practicadas dentro del proceso ejecutivo opera cuando el fiador simple ha propuesto el beneficio de excusión como excepción previa y esta ha prosperado, en tal caso, en el mismo auto que resuelve el incidente de excepciones se levantarán las medidas cautelares. Cuando se trata de los casos citados en el numeral 5 del artículo 2384 y segundo inciso del artículo 2388 del código civil, el beneficio de excusión deberá formularse a través del incidente; es decir, con el lleno de la formalidad del artículo 137 del C.P.C. y en el caso de prosperar el juez decretará el desembargo de los bienes del fiador. (art. 511 del C.P.C.),

i) Por prosperidad del beneficio de competencia, Cuando el deudor demuestre en incidente que los bienes evaluados son su único patrimonio y que por tanto tiene derecho a incoar el beneficio de competencia, el juez en el auto que lo reconoce determinará los bienes que le son necesarios al ejecutado para su modesta subsistencia y procederá a desembargarlos y entregarlos al beneficiario (art. 518 del C.P.C.).

j) Por tratarse de bienes inembargables. Siempre que el juez deba practicar embargos y secuestros sobre bienes deberá cerciorarse que estos pueden ser objeto de tales medidas y si por alguna razón decretó el embargo de un inmueble y al llegar a la diligencia de secuestro advierten su inembargabilidad se abstendrá de practicar el secuestro y en la misma diligencia dictará la providencia que decreta el desembargo correspondiente. Si en cualquier momento se advierte dicha situación deberá de inmediato levantar las cautelas practicadas (art. 682.11 C.P.C.) (31).

k) Por tratarse de bienes propios del cónyuge embargado. Como es sabido los bienes adquiridos por uno de los cónyuges a título de herencia legada o donación, durante la vigencia de la sociedad conyugal o no; los adquiridos a título oneroso durante el matrimonio pero subrogados a bienes propios son de la exclusiva propiedad del conyuge adquirente, por tanto, no se pueden gravar por o con razón de la liquidación de la sociedad conyugal, o divorcio o separación de bienes o nulidad del matrimonio; para el evento en que esto ocurra podrá el cónyuge a quien se le han embargado o secuestrado dichos bienes instaurar incidente de levantamiento del embargo y secuestro por ser propietario, ya que aquí no se discutirá posesión sino propiedad o titulación de los bienes que el incidente manifiesta que son propios y no de la sociedad conyugal (art. 689 del C.P.C.). " Sobre qué bienes puede recaer. Pudiéndose ocasionar perjuicios al cónyuge demandado que posea bienes propios, y sobre los cuales el otro cónyuge no tiene interés, el juez no debe decretar las medidas de embargo y secuestro sino en el caso de que el peticionario especifique los bienes objetos de él, para evitar que se traben bienes que no son sociales.

"En efecto, las medidas preventivas sólo pueden recaer sobre los bienes sociales, según lo expone el Tribunal de Bogotá en la siguiente doctrina: ...

Según el art. 3o. de la Ley 95 de 1890, podrá el juez dictar, a petición de la mujer, las medidas provisionales que estime convenientes para que el marido como administrador de los bienes de la mujer no cause perjuicios a esta en dichos bienes ni en lo que le corresponda en los gananciales de la sociedad conyugal. Esta disposición está en vigor porque no ha sido derogada ni se contrapone a ninguno de los principios sentados en la Ley 28 de 1932 sobre régimen patrimonial en el matrimonio. Sólo que en lo referente a bienes propios de la mujer carece de aplicación, en fuerza de que el marido por la citada ley ya no es administrador de los bienes propios de aquella. Pero en cuando a bienes sociales el precepto conserva todavía su oportunidad, y bien cabe aplicarlo sin contradicción de la lógica aun a las uniones matrimoniales formadas con posterioridad a la vigencia de la Ley 28 de 1932. Está demostrado con argumentos irrefutables que esta ley no decretó la disolución de las sociedades conyugales sino que creó un distinto régimen de administración en virtud del cual cada cónyuge administra y dispone, no obstante esta sociedad, de los bienes que le pertenecen exclusivamente como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera. Estos bienes son, pues, también sociales en el concepto de que disuelta la sociedad por las causas que reconoce el código civil, deben entrar a formar la masa partible y a liquidarse conforme a las reglas comunes" (auto de 28 de Agosto de 1934. Lib. Resp., No. 131). (32).

El embargo sobre bienes propios subsistirá cuando estas han sido solicitados para asegurar el pago de alimentos provisionales (art. 27 de la ley 1a. de 1976, numeral 1o. literal c).

1) Por encontrarse embargados y secuestrados los bienes que nuevamente han sido objeto de la misma medida. (33) Como es sabido por todos una misma cosa no puede soportar dos embargos o secuestros al mismo tiempo; si se trata

de bienes muebles que fueron embargados y secuestrados en otro proceso, podrá el secuestre o cualquier interesado pedir el levantamiento de las cautelas presentando ante el juez copia de la diligencia de embargo y secuestro con la respectiva constancia de la vigencia de las medidas; el juez sólo levantará el embargo y secuestro de los bienes que relacionados en la copia de la diligencia que se le presenta y que también fueron embargados en el segundo proceso; por tanto; si el juez al decretar el desembargo advierte que se embargaron otros bienes que no están relacionados en la copia de la diligencia de embargo y secuestro no puede hacerse extensivo el levantamiento a dichos bienes pues estos no soportan un embargo anterior.

11) Levantamiento del embargo como consecuencia del levantamiento del secuestro. Cuando por alguna razón el juez decreta el levantamiento de secuestro de un bien mueble deberá decretar el levantamiento del embargo; pues este no puede subsistir sin aquel, en todo caso, si no se hace tal manifestación por parte del juez, el embargo quedará insubsistente ipso jure; esta forma de levantamiento sólo opera en el caso de bienes muebles, no sujetos a registro; pero cuando se trata de procesos ejecutivos y el levantamiento del secuestro ha operado respecto de un inmueble o sujeto a registro el ejecutante deberá dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del auto que lo levante perseguir los derechos que el demandado tiene sobre el bien, de no hacerse tal manifestación el juez deberá levantar el embargo. (Art. 686.3).

Es necesario hacer la siguiente aclaración cuando hay apelación del auto que levanta el secuestro, la persecución deberá efectuarse dentro de los tres días siguientes al auto de obediencia a lo resuelto por el superior cuando la providencia sea confirmatoria; pues esta es la regla que mantiene el Código en varios artículos por ejemplo el 308 del C.P.C. .

m) Por ser los embargos practicados excesivos. Siempre que se practiquen embargos y secuestros sobre que bienes en su valor supere el doble del valor del crédito que se cobra, estos serán excesivos y por lo tanto, no pueden hacerse más gravosa la situación del ejecutado; debe en estos casos el juez levantar los embargos y secuestros hasta reducirlos al monto límite autorizado por el artículo 513, esta reducción sólo procederá en la medida en que se encuentren en firme los avalúos de los mismos, pues ésta es la única forma de poder establecer si los bienes superan la cuantía antes mencionada.

n) Como consecuencia de la oposición a la práctica de la medida. Cuando la diligencia de embargo y secuestro se ha formulado oposición por una persona que alegó ser poseedora material de los bienes sobre los que ha recaído la medida y el juez admitió dicha oposición pero el demandante insiste en la medida y en el respectivo incidente no se demostró que el opositor carecía de derecho a conservar los bienes materia del embargo y secuestro; consecuencia lógica es el levantamiento de las cautelas (art. 686.2 C.P.C.).

ñ) Por tratarse de derechos de un tercero. Cuando se demuestre por cualquier medio adecuado que el derecho embargado pertenece a un tercero este debe ser levantado, por ejemplo, embargar un interés social como del demandado sin serlo; o el crédito ya cedido o transferido por el ejecutado al momento de su embargo. " Díjose atrás (ver 112) que en estos supuestos en que el embargo se decreta de plano por analogía cuando del certificado del funcionario competente aparece que el bien no es del ejecutado... " (34). Consideramos acertada esta tesis pero sólo debemos hacerla más amplia en el siguiente sentido: aun cuando no se haya practicado la diligencia de embargo y secuestro pero se ha efectuado la inscripción, en alguna entidad administrativa que impida el libre comercio de los bienes podrá pedirse que esa anotación de embargo sea le

vantada presentando los documentos que acrediten que el bien o derechos son de otra persona; por ejemplo, se inscribe un embargo en la oficina de tránsito y transporte sobre un automotor pero no se logra embargar ni secuestrar; en otro proceso se embarga y secuestra el mencionado vehículo y una persona lo adquiere por remate, en tal evento, debe levantarse esa inscripción no importa que esta haya sido anterior al embargo y secuestro del proceso en donde ha sido rematado, su levantamiento opera de plano presentando el acta de remate y el auto aprobatorio del mismo ya que son los títulos que el juzgado otorga una vez ha declarado a un licitante triunfador.

o) Por haber sido adquiridos los bienes con pacto de reserva de dominio. El pacto con reserva de dominio ha dejado prácticamente los bienes que lo soportan, sin la posibilidad de ser embargados y secuestrados, por razones de ejecuciones contra el comprador o contra el vendedor. Si los acreedores del comprador intentan un embargo y secuestro sobre el bien que soporta el pacto, autoriza el art. 964 del Código de Comercio al vendedor para oponerse a esta medida presentando el contrato de compra venta o de donde resulte que se ha enajenado con dicho pacto. Al contrario, si los acreedores, del vendedor embargan o secuestran el mencionado bien el comprador puede pedir el levantamiento de las medidas probando con el documento de venta que ha sido adquirido con pacto de reserva de dominio. Por lo tanto, la conclusion no se hace esperar: No prosperan las medidas de embargo y secuestro sobre bienes que soportan el pacto con reserva de dominio pues, en cualquier caso, comprador o vendedor pueden levantar sin dificultad la medida que se practique. Es de anotar, que en materia comercial tanto los bienes muebles como los inmuebles pueden ser enajenados con pacto de reserva de dominio esto al tenor del artículo 952 del código de comercio, para que los documentos sean suficientes para este levantamiento deben estar registrados en la Cámara de Comercio cuando se trata de compra-

venta comercial de muebles y cuando se trate de inmuebles la escritura debidamente registrada (art. 952 en concordancia con el 20 del código de comercio) (35).

p.) Por justificación del presunto usurpador de la patente de su conducta. Cuando el presunto usurpador de los derechos de las patentes, dibujos, etc. demanda dentro del término de cuatro meses contados a partir de la práctica de la cautela y demuestra la legalidad de su conducta se levantarán los embargos y secuestros practicados dentro del proceso cautelar (art. 570 y 568 del C. de Comercio).

C) MOMENTO DESDE EL CUAL SE DEBE CONSIDERAR DESEMBARGADO LOS BIENES.

Los bienes se consideran desembargados desde el momento en que queda ejecutoriada la providencia que así lo ordena aun cuando no se hubiere registrado el oficio de desembargo. En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia y doctrina. Veamos: " El embargo termina cuando queda ejecutoriado el auto que lo levanta, aunque no se haya comunicado al registrador para que proceda a cancelarlo, pero la comunicación debe hacerse siempre para que la finca no siga figurando bajo traba ejecutiva. La Corte ha dicho : El embargo de un bien tiene por objeto garantizar los derechos de las partes y los derechos de terceros. Esto no tiene otro medio de información respecto de la situación de un bien, sino el certificado del Registrador respectivo; las partes, especialmente en un juicio ejecutivo, tiene como información directa el juicio, lo que en él consta, por lo mismo que es debido a sus gestiones y peticiones, que se adelanta el proceso. Por eso son pertinentes las siguientes doctrinas de la Corte. En sentencia de 2 de Abril de 1894 (G.J., tomo IX, pág. 259) dijo lo siguiente: El embargo de una finca raíz en un juicio ejecutivo queda cancelado de derecho desde la fecha de la admisión del desistimiento de la ejecución

y del consiguiente desembargo de bienes, aunque no haya sido expresamente cancelada la nota de registro respectivo '. Esta misma doctrina fue reproducida textualmente en sentencia de 25 de Agosto de 1914 (G.J., tomo XLV, pág. 194). En ésta última sentencia se dijo además lo siguiente ' El embargo de una finca en un juicio ejecutivo queda terminada desde el momento en que el juez admite el desistimiento de la ejecución y ordena el consiguiente desembargo.' No es la cancelación material en los libros de Registro sino el mandato del juez lo que hace desaparecer la traba ejecutiva.'

" Y es claro lo anterior, porque el registro se retrotrae, lo mismo que su cancelación, a la fecha del acto o de la orden respectiva; así, desembarga da una finca en cierto día y registrado el desembargo por el Registrador, o mejor, cancelado el embargo cuatro o cinco días después, como sucede con frecuencia, se estima que el inmueble estaba desembargado desde el día en que se dictó el auto respectivo " (G.J., No. 2016, tomo LVIII, página 182)" (36).

- (1) GUTIERREZ ALVIZ, Faustino. El embargo preventivo sin documento cualificado. El sistema de Medidas Cautelares. Pamplona. Eunsa. 1974. p. 133.
- (2) DE LA PLAZA, Manuel. ob. cit. p. 70
- (3) Sentencia CXLVII. p. 163
- (4) Sentencia de 22 de Junio de 1973. t. CXLVI. p. 128; 1 y 2 y 129.1 (C.J. LCCCIII. 829).
- (5) Código Judicial. Ley 105 de 1931. ARCHILA, José Antonio. ob. cit. p. 67.
- (6) MORA, Nelson. ob. cit. v.II. p. 1
- (7) MORALES MOLINA, Hernando. ob.cit. v. II. p. 230.
- (8) RILLO CANALE, Oscar I. Enciclopedia Jurídica Omeba. ob. cit. voz secuestro judicial. Buenos Aires. Driskill. 1970.
- (9) PALLARES, Eduardo. ob. cit. p. 719.
- (10) GONZALEZ VELASQUEZ, Julio. ob. cit.
- (11) DEVIS ECHANDIA, Hernando. ob. cit.
- (12) GARCIA SARMIENTO, Eduardo. ob. cit.
- (13) En el mismo sentido se pronuncia el profesor GUASP DELGADO, Jaime. ob cit.
- (14) A esta conclusión se llega observando las definiciones dadas anteriormente; pero también se pueden ver las siguientes: para Eduardo J. Couture, en Vocabulario Jurídico. p. 546 " Medida Cautelar que consiste en la aprehensión judicial un depósito dela cosa litigiosa o de bienes del presupuesto deudor a fin de asegurar la eficacia del embargo y el

eventual resultado del juicio ". Guillermo Cabanellas, en Diccionario de Derecho Usual, Voz secuestro, se dice: " el depositar una cosa en poder de terceros hasta resolver su propiedad o destino ". La Ley 1a, título 9, partida 3. citada por Ramiro Podetti, en tratado de las Medidas Cautelares, p. 215 se dice: " el Diccionario Judicial de Febrero novísimo señala que debe entenderse por secuestro el depósito judicial que se hace a un tercero de alguna halaja litigiosa hasta que se decida a quien pertenece; algunas veces se toma por embargo. Advirtiéndose que para el autor del diccionario Eugenio Tapia las voces embargar y secuestrar son sinónimos. Las partidas las definen así: " Es la cosa sobre que nace contienda entre el demandador o el demandado, de ser puesta en fidelidad ".

- (15) Auto de 18 de Octubre de 1934. L. b. Resp. No. 270. tomada de MORALES MOLINA, Hernando. ob. cit. p. 185.
- (16) GARCIA SARMIENTO, Eduardo. ob. cit. p. 150
- (17) MORALES MOLINA, Hernando. ob. cit. p. 187. " El secuestro simbólico es tan real como el secuestro puro y simple; y, por consiguiente, comporta las mismas consecuencias: uno y otro traen aparejadas unas mismas obligaciones. Lo que hace que un secuestro se llame simbólico es el fenómeno de la no mutación del actual tenedor del bien secuestrado; la persona física del tenedor no se muda, no viene un tercero a ocupar su lugar en la tendencia. Pero si hay una mutación jurídica de efectos reales innegables en el campo de la responsabilidad, consistente en que el título anterior de la tenencia se muda por uno nuevo: el de secuestro, emanado de la decisión judicial correspondiente. Así, quien antes era tenedor en nombre propio o ajeno, se convierte en tenedor en nombre de la justicia" (auto de 2 de Noviembre de 1939) ".
- (18) Auto de 16 de Abril de 1937; tomada de MORALES MOLINA, Hernando. ob. cit. p. 285.
- (19) GARCIA SARMIENTO, Eduardo. ob. cit. p. 171.
- (20) LATORRE, Luis Felipe. ob. cit. p. 177
- (21) Sentencia del 27 de Julio de 1965. t. CXIII. p. 131; 1a. y 2a. publicación en jurisprudencia civil de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá. A.B.C. 1979. número 911.
- (22) Sentencia de 28 de Agosto de 1963. t. CIII. p. 105. 2a. 1061 publicada. Ibidem. número 935.
- (23) PRIETO CASTRO, Leonardo. ob. cit. p. 829. " Oposición del deudor al embargo preventivo. El propietario de los bienes, deudor, tiene el derecho de intervenir después de realizada la aprehensión de bienes, formulando oposición al embargo, a fin de que sea dejado sin efecto y se condene al solicitante al pago de daños y perjuicios, si no se está en ninguno de los casos que lo hacen admisible (según el art. 1400). Se incurre en un contrasentido legal, pues no parece lógico que, habiendo intervenido un órgano jurisdiccional que lo autoriza, el peticionario pueda ser condenado a indemnizar daños y a resarcir perjuicios por resultar que el caso no estaba en ninguno de los que lo hacen admisible. (art. 1416, I) ".

- (24) AYARRAGARAY, Carlos A. ob. cit. p. 9-10-13. " Pocos años atrás escribimos. El principio de la inmaculación (Ed. Abeledo-Perrot. Bs, As. 1959). Luego seguimos meditando acerca de ese problema, por caer sinceramente que ciertos principios de la legislación brasileña, cuya fuente reside en la legislación portuguesa, fueron rasgo común de movimientos e inquietudes en España, que, unidas ambas geográfica, histórica, heroicamente, estuvieron hermanadas en solidarios ideales. Las rivalidades e independencias de esas regiones fueron consecuencias del correr de los siglos cuando surgió América, la rica desconocida. Y si señalamos en aquella obra la aparición del saneamiento del proceso en Portugal y heredado por Brasil, quedamos con la espina que algo semejante debía haber sucedido en la España. Los países vecinos, en la antigüedad, se contaminaban en sus principios genuinos, sin advertirlos, ya que las doctrinas y las escuelas se influyen inexorables, y así consagran principios normativos orientadores paralelos. Ya en el Brasil, siguiendo su pristino derecho, se consagró la existencia de lo que se llaman los " desembargadores ", y que no son más que lo que se denomina en la Argentina " camaristas ", o sea los magistrados de alzada. Los dichos " desembargadores " así se llaman por razones históricas, y eran tales ciertos magistrados del antiguo derecho portugués; más todavía entre nosotros no se da a ese origen la importancia que deriva de la historia institucional procesal de los reinos ibéricos. En el Diccionario de la Lengua Castellana de la Real Academia (año 1732), llamado de las autoridades, se dice bajo el vocablo desembargar: " voz antigua, quitar el impedimento y embarazo a alguna cosa, dejarla libre y desocupada (de des y embargar) del latín expediré (pronunciamiento). " Y con respecto a embargar: " Embarazar, detener, impedir, muy usados antiguamente ". Vale decir que en el siglo XVII esas voces, antiguamente llanas y frecuentes, habían perdido su fuerza expresiva corriente y su habitualidad originaria. Ya no se decía tierra embarazada, ni matrimonio embarazado (por impedimentos), ni camino embarazado. Los años, siempre iconoclastas, borran del idioma la gracia primigenia del valor idiomático de esas voces, sustituyéndolas por nuevas expresiones. Pero Calderón de la Barca, en El Alcalde Zalamea, pone en boca de sus personajes el siguiente diálogo: Don Lope. A la cárcel. Iré por él no embarazo. Crespo. Que vaís, solo se repare, que orden que el que llegare le den un arcabuzazo ".
- (25) MONTERO AROCA, Juan. El Sistema de Medidas Cautelares su Concreción en el Proceso Laboral. Pamplona, Eunsal. 1974. p. 192. " El embargo preventivo debe cesar, produciéndose su alzamiento, cuando deja de ser necesario, es necesario; es decir, o bien, cuando se dicta sentencia absoluta en el proceso principal para el demandado, o bien cuando dictándose sentencia condenatoria se procede a su cumplimiento voluntariamente o se transforma en ejecutivo ".
- (26) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. G.J.T. IXLIII, núme. 1907-8 p. 313: " La Corte sostuvo el mismo criterio cuando en casación del 30 de Octubre de 1935 dijo: Ahora bien la condena que como sanción establece el art. 294, opera automáticamente, es decir, se incurre en ellas por la sola circunstancia de levantarse las medidas cautelares en los casos allí previstos, pues como lo ha dicho la corte, el código muestra claramente su intención de castigar el dolo y la culpa data equiparada a él, lo cual no es otra cosa que la sanción del abuso del derecho de litigar, caracterizado en aquellos concretos ejemplos con el propósito de perjudicar a otro, privando al propietario de administrar, gozar y enajenar sus bienes ".

- (27) TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA, Octubre 30 de 1980. Mag. Ponente; MARCO GERARDO MONROY CABRA.
- (28) TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA, Auto de Julio 5 de 1977. Ejecutivo de Banco de Caldas v/s Myriam Fajardo Ortíz y otra. Mag. Sust. ANTONIO RODRIGUEZ.
- (29) GONZALEZ VELASQUEZ, Julio. ob. cit.
- (30) TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA, Abril 30 de 1980
- (31) LATORRE FONSECA, Rafael. conferencias. 1976. En Código de Procedimiento Civil comentado por OSCAR BONILLA ECHEVERRY. Bogotá. Ed. Edicol da. 1977. p. 942.
- (32) MORALES MOLINA, Hernando. ob. cit. p. 43
- (33) GONZALEZ VELASQUEZ, Julio. ob. cit. p. 231. Ver también DEVIS ECHANDIA, Hernando. Tratado citado IV. p. 601. Consejo de Estado, auto del 9 de Diciembre de 1959 " Diario Jurídico " X, p. 126, Magistrado Ponente GUILLERMO GONZALEZ CHARRY.
- (34) GARCIA SARMIENTO, Eduardo. ob. cit. p. 286.
- (35) BONIVENTO FERNANDEZ, José Alejandro. Los principales Contratos Civiles y su Paralelo con los Comerciales. Bogotá. Profesional. 1979. p. 153. " No desconocemos el interés de los redactores del Código de Comercio, al concebir esta modalidad sui generis de " inembargabilidad " de bienes que no están incluidos, por ley, como tales, de proteger a los compradores, que son, en realidad, los que resultan amparados con este especial carácter de no embargables, pero entendemos que se ha sacrificado un principio consagrado en nuestra organización privada cual es el de la garantía que tienen los acreedores sobre los bienes del deudor. Si la cosa pertenece a alguien es el vendedor puesto que el comprador está reconociendo dominio ajeno. Por eso dispone el artículo 2488 del Código Civil : " Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677 ".



1051

HECTOR ENRIQUE QUIROGA CUBILLOS

PROCESOS Y MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEGISLACION COLOMBIANA _

VOLUMEN II

DIRECTOR : D. PEDRO ARAGONESES ALONSO

LUGAR DE PRESENTACION : MADRID (ESPAÑA)

DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL .

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

1.984

EFECTOS DEL EMBARGO Y SECUESTRO

I. EFECTOS JURIDICO MATERIALES

A) SACA LOS BIENES DEL COMERCIO HUMANO

El proceso cautelar de embargo produce una serie de efectos de tipo material tanto directa como indirectamente que es preciso analizar : como funda-
mental efecto del embargo de acuerdo con la legislación colombiana, es el sa-
car el bien, que soporta la medida del comercio (2), por lo tanto, si el bien
está sujeto a registro el funcionario encargado de llevarlo (Registrador de
Instrumentos Públicos, Registrador de Capitanía de Puerto, Registrador de Aero-
náutica Civil, Funcionario encargado de llevar el Registro de Acciones, etc.),
se abstendrá de inscribir cualquier otro acto que pretenda gravar o enajenar
el bien o el derecho objeto del embargo. Por el contrario, la L.E.C. española,
dispone que el bien inmueble que soporta el embargo por el hecho de su inscrip-
ción no sale del comerio y el registrador inscribe los demás actos, solo que
el bien queda afectado a una hipoteca como garantía de las resultas del proce-
so en donde se tomó la medida. En la legislación colombiana a pesar de la ri-
gidez de los efectos del embargo, este ha presentado problemas de interpreta-
ción que ni la doctrina ni la jurisprudencia han suministrado un criterio uná-
nime; tales problemas son con la promesa de compraventa, es decir, si cuando
un bien inmueble se encuentra embargado y sobre él se celebra un precontrato o

contrato de promesa de compraventa, posteriormente se desembarga el inmueble y en el momento de dar cumplimiento a la promesa uno de los contratantes se abstiene de celebrar el contrato, alegando que la promesa está viciada de nulidad desde su celebración (y lo nulo no obliga) ya que el artículo 1611 del Código Civil reformado por el artículo 39 de la ley 157 de 1987 dispone que el contrato prometido debe ser de aquellos que la ley no ha prohibido, y existiendo norma expresa en el código civil diciendo que los bienes que no están en el comercio, su enajenación tiene objeto ilícito y que por lo tanto la promesa nació viciada de nulidad, también para el caso en que la celebración del contrato no está precedido de una promesa, es decir, cuando se firma la escritura de compraventa el bien está embargado antes de su registro se desembarga el inmueble lo cual no impide ya el registro de la escritura y se presenta uno de los contratantes a pedir la nulidad alegando que para el momento de la celebración del contrato este tenía objeto ilícito por estar embargado; unos dicen que lo importante es el registro y que si este operó no podrá decretarse la nulidad posteriormente; como vemos el punto no es pacífico y diversas soluciones ha dado la Corte Suprema de Justicia al respecto, veamos algunas :

" Nulidad de la venta del bien embargado. Contrato de venta y enajenación de inmuebles . Tesis diversas de la corte -. El contrato de compraventa de un bien raíz es solemne, por disponer así el artículo 1857-2 del código civil. La solemnidad consiste en que se haga constar por escritura pública cuyo mero otorgamiento con las formalidades legales, lo perfecciona, es decir, lo hace nacer a la vida jurídica. Y sólo los contratos están destinados a producir obligaciones, es obvio que son propias de la compraventa como la tradición o entrega de la cosa, el saneamiento (artículo 1880) y el pago del precio (art 1928) se genera cuando el respectivo contrato se ha perfeccionado,

" Al perfeccionar la venta surge para el vendedor una obligación de dar que está integrada así: 1. Por la de transferir al comprador el dominio de la cosa vendida (entrega jurídica) y 2. Por la de ponerla materialmente a su disposición (entrega material). Esta transferencia tratándose de bienes raíces solo puede surtirse con el competente registro de la escritura mediante la cual se celebró el contrato (art. 756), y su cumplimiento es el que comparte el fenómeno jurídico de la enajenación.

El comprador adquiere, pues la propiedad del objeto materia del contrato, cuando concurre en el título (escritura de compraventa) y el modo (registro de la misma); el sólo otorgamiento de dicha escritura, en derecho colombiano, no confiere dominio al comprador, apenas lo hace acreedor de la correspondiente obligación; si esta no se cumple, no ha habido enajenación del bien, apenas ha surgido el deber legal de hacerlo.

" Y esta enajenación es la que está legalmente prohibida, cuando el bien sobre la cual debe recaer está embargada judicialmente, a menos que el acreedor que solicitó el embargo o el juez que lo decretó lo autorice (art. 1521 C.C.).

" Es muy copiosa la jurisprudencia de la corte sobre el alcance los efectos que tienen estas normas legales que sancionan con nulidad de enajenación de bienes embargos, la cual es justo reconocerlo, no ha sido siempre uniforme. Vale la pena resumir las tesis que al respecto se han expuesto:

" a) La nulidad en cuestión no se produce cuando la enajenación se ha verificado con permiso del juez que decretó el embargo (Abril 20/949. LXV, pág. 70). Cuando ha mediado el consentimiento expreso el acreedor que pidió y obtuvo que se ordenará aquel. (Octubre 12, 1944 . LXIII, pág. 181 : Noviem-

bre 21/967 no publicada aún) y cuando se ha verificado por remate judicial es consecuencia del fallo que decide una acción constitutiva, es decir, sin la intervención voluntaria del dueño (Noviembre 28/892, o IX, pág. 114; Agosto 23 de 1946 LXII, pág., 62 Septiembre 11/966, CXVII, pág. 20).

b) Cualquier persona distinta del acreedor que solicitó el embargo judicial y en cuyo favor esto fue decretado carece , en principio, de legitimación para pedir que se declare la nulidad de enajenación del bien sujeto a la traba (Junio 20/894, VIII, pág. 340; Julio 4 de 1932 XL, pág. 179; Diciembre 12/944, LVII, pág. 179).

" c) El embargo se levanta y cesa en sus efectos con la ejecutoria de la decisión judicial que lo decreta, así no haya sido registrado, (Agosto 25 / 914, XXIV pág. 194 y Mayo 24/964 XVI, pág. 220 y Mayo 26/954, XVII, pág. 220/ 230).

" d) Según lo disponen los artículos 6 de 1502, 1521 numeral 3 1740 y 1741 del C.C. y 2 de la Ley 50 de 1936, la nulidad proveniente de una ejecución de bienes embargados es declarable de oficio como todas las nulidades absolutas (Junio 26/899, III pág. 316).

" e) La nulidad absoluta que se comenta tratándose de bienes raíces, abarca tanto el registro el título como la escritura mediante la cual se celebró el contrato que constituye dicho título (Diciembre 13/941, LII, pág. 23; Agosto 23/946, LXXIII, pág. 62; Mayo 3/952, LXXII, pág, 11 a 14; y Junio 15/959, XC, pág. 642). (3)

" Promesa de compraventa. Nulidad de promesa de compraventa en razón de

esta el inmueble fuera del comercio por embargo cuando se celebró. Requisitos del numeral 2 artículo 89 de la Ley 153 de 1887 ".

" Estatuye el art. 89 de Ley 153 de 1887.

" La promesa de celebrar contrato no produce obligación alguna, salvo que concurren las siguientes circunstancias:

"2. Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellas que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el art. 1511 del Código Civil.

" Sobre la cita del artículo 1511 del C.C., están de acuerdo con los comentaristas sobre que ha debido cortarse el artículo 1502 y no aquel.

" Como lo anota la Corte, " hay error en la referencia que hace el numeral 2 del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, pues cita el artículo 1611 en vez del 1502, del Código Civil, que es el artículo a que quiso referirse (C.J.I. 3222 - cita Rodríguez Fonnegra).

" Sostiene Valencia Zea " obligaciones pág. 131 ", que la promesa bilateral de contratos de sus efectos es un verdadero contrato, pues los contratantes quedan obligados a celebrar el contrato en forma que ninguno de ellos puedan arrepentirse a revocar la promesa. Y advierte que analiza en la promesa es diferente del contrato prometido.

" Pérez Vives (compraventa y permuta, pág. 42 y 43). Después de transcribir el contrato de Alessandri Rodríguez sobre el artículo 1554 del Código Ci

vil Chileno, según el cual todo contrato de promesa lleva en su contenido la presunción de nulidad, ya que sólo es válido cuando ocurren ciertos requisitos, y que la duda sobre su validez o nulidad el juez debe inclinarse por la segunda, estudia Pérez Vives los requisitos indispensables para que valga la promesa bilateral de venta, anticipa que " dichos requisitos deben concurrir, es decir, que si falta alguna de ellas la promesa es nula ", dice que el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 comienza con toda claridad: " La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurren las circunstancias siguientes... " y agrega: " Más aún la promesa sería inexistente, si llegare a faltar alguno de los requisitos mencionados en el estudio (Cas. 1.C.O. 1920, XXVIII, 221).

" El contrato prometido continúa este comentarista no sólo debe amoldarse a las prescripciones del artículo 1502, sino que no debe hallarse prohibido por la ley. Por lo tanto, no debe tener objeto ilícito. Si existe alguna prohibición para celebrar el contrato de ventas como veda, al tutor comprador para así o para ciertas personas designadas a los bienes raíces del pupilo, la promesa de venta de tales bienes es nula porque el contrato mismo es de aquellos que la Ley declara ineficaces. Tampoco puede versar el contrato sobre bienes inkomerciales, ni en la promesa podrá pactarse sustracción de solemnidades legales. Existe, no obstante, una excepción a esta regla : cuando lo prometido es un contrato de compraventa de bienes embargados por orden judicial o que se hallen en litigio. La promesa es válida porque la prohibición legal se refiere a la enajenación de bienes que se hallen en esta situación. Como la promesa no importa transferencia de dominio, nada obsta su validez en embargo o litigio que pese sobre los bienes materia del contrato. ESO SI, QUE EL CONTRATO DE VENTA NO PODRA REALIZARSE SINO UNA VEZ CESE LA PROHIBICION LEGAL DE HACER LA ENAJENACION. (Mayúsculas del Tribunal).

" Y más adelante hablando en la (página 93) sobre la prohibición del artículo 1521 se refiere a la venta o a la tradición del artículo 1521 dice :

" Sostiene Alessandri Rodríguez que para que haya objeto ilícito en la venta de los bienes que se refieren los numerales 3 y 4 del artículo 1464 del Código Chileno; igual a nuestro artículo 1520 se requiere que la prohibición exista del tiempo de contrato de venta. Si existe al tiempo de la tradición únicamente, esta, no podrá efectuarse, pero la venta es eficaz, ya que cuando se formó el contrato no había ilicitud del objeto. La solución es acertada y permite concluir que, si el vendedor a causa del embargo o del litigio posteriores a la venta y anteriores a la tradición no puede DAR la cosa vendida, es tá obligado a indemnizar al comprador los perjuicios que le ocasionó en el incumplimiento del contrato ".

" Por otra parte Rodríguez Fonnegra (compraventa y permuta pág. 96) sobre el particular anota :

" La posibilidad del contrato prometido ; a) aunque alteró inconsultamente el No. 2 del art. 89) la admirable redacción empleada en el Código Chile no para indicar la necesidad de que la celebración del contrato prometido fuere posible no alcanzó el legislador colombiano a efectuar modificación de fondo ni a subvertir principios generales con la referencia del artículo 1502 no declara ineficaces los contratos celebrados por los relativamente incapaces ni los obtenidos con dolo o fuerza, ni en fin, los contratos rescindibles; las cuales producen efectos en cuanto no han sido anulados a petición de parte. De suerte que la prohibición absoluta de celebrar promesa de contrato ineficaz de concierne a contratos rescindibles por incapacidad relativa de algunos de los prometientes o por otro motivo, sino a los que no llegue a formarse a que ado-

lezcan de nulidad absoluta; y así entendida las cosas, fluye la conclusión de que la promesa de celebrar contrato eficaz pero rescindible no es nula en razón del texto que se considera, tal como sucede en Chile de la propia manera, la promesa a celebrar contrato que fuere ineficaz por motivo no señalado en el artículo 1502 resultarían igualmente ineficaz, a causa de la imposibilidad de cumplir las que no, entre nosotros, en virtud de regla especial ".

" La simple promesa de contrato no es un acto de enajenación y por lo mismo su objeto es la perfección del contrato prometido, que es necesario no confundir con el objeto del contrato de venta, que es la cosa vendida; por consiguiente cuando se verifique la promesa el objeto del contrato está embargado por decreto judicial, no cabe afirmar por esta razón, que el objeto de la promesa está fuera del comercio, ya que hay distinción real entre el uno y el otro. Puede prometerse, pues la venta de una cosa que en la fecha de la promesa está embargada, como puede prometerse la venta de una cosa ajena. Si para perfeccionar el contrato prometido, el prometiende vendedor liberta la cosa, la pondrá en condiciones de ser objeto lícito del contrato. Si no la liberta, el contrato no podrá perfeccionarse por culpa del prometiende vendedor, quien se tendrá como infractor de la promesa (Corte Cas. Sen. 7/33, XLI, 133) (subraya el Tribunal).

" Merece censura especial la doctrina anterior de la Corte al Dr. Rodríguez Fonnegra en su obra ya citada, diciendo que el texto legal " expresa lo contrario con apoyo en que la obligación de celebración de este contrato que adoleciera de nulidad absoluta carecería de objeto por ser imposible la celebración de este contrato ". Y agrega : la tesis de que siempre tal promesa de venta se entiende celebrada bajo la condición de que los bienes pueden ser enajenados de celebrarse el contrato prometido " prevalece en Chile sobre alguna otra en sentido contrario según Claro Soler (XI, número 1207); y hacer el elemento, eso mismo ocurriría con la promesa de contratar sobre la sucesión del que está vivo,

y, en general, sobre el objeto que transitoriamente fuera ilícito ".

" Y termina : la redacción del artículo 89, inciso 2 de la Ley 153 de 1887, establece la conclusión de que la falta de cualquier requisito de los ex presados en el artículo 1502 del C. Civil, que haga vicioso el contrato, entre las cuales hay algunas que generan nulidad relativa, anula de modo absoluto la promesa ".

" Sin embargo, no debe perderse de vista que el contrato de promesa de compraventa de inmuebles origina obligación de hacer, que tiene por objeto la tradición de un derecho real mediante la escritura de enajenación del bien raíz y oportuno de un derecho real mediante la escritura de enajenación del bien raíz y oportuno registro de la misma. Y es lógico entender, que si el ob jeto se halla fuera del comercio del embargo judicial, tales solemnidades no pueden cumplirse entonces y licitud del sujeto, y como con toda razón lo dice la honorable Corte, el contrato generador de la obligación es absolutamente nu lo.

" Dijo la H. Corte sobre el particular :

" Adviértase que la tesis que venía sosteniendo la Sala hace caso omi so de la relación esencial estrecha e indestructible, consistente entre el contrato, como título y la tradición, como modo, desquiciando el régimen contractual concebido por el Señor Bello en punto de obligaciones de dar, notablemente distinto del que consagra el sistema francés ".

" En efecto, con arreglo al Código Civil Colombiano para que una perso na se OBLIGUE a otra por pacto o contrato, se requiere que este, a más de reu-

nir otros requisitos, recaiga sobre OBJETO LICITO (ord. 3 del art. 1502). Si el objeto es ilícito, el contrato generador de la obligación es ABSOLUTAMENTE NULO, como con toda claridad lo pregonan los artículos 1740 y 1741.

" La obligación DE DAR tiene por objeto HACER TRADICION de un derecho real, esto es, ENAJENAR TAL OBJETO ES ILICITO, si consiste en enajenar cosa que a la sazón esté embargada por decreto judicial, salvo que el juez la autorice o el acreedor consienta en ello (ord. 3 del art. 1521). Luego es absolutamente nulo el contrato creador de obligación cuyo objeto sea hacer tradición de cosa sujeta a embargo, excepto en los dos casos anteriormente citados".

" Se ha sostenido, y este argumento forma parte de los esgrimidos en la sentencia impugnada, que los tocante a estar embargada la cosa a cuya tradición se obliga el contrato es asunto que afecta meramente el cumplimiento de la obligación de darla, más no el contrato mismo, puesto que el que no puede hacer la tradición apenas determina que el contrato acreedor tenía derecho absoluto en que tal evento incurre el contratante obligado ".

" Pero véase a donde lleva este planteamiento. Conforme al art. 1521 hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas que no está en el comercio; de los derechos o privilegios que no pueden transferirse; de las cosas embargadas, a no ser en determinados casos específicos y de aquellos sobre cuya propiedad se litiga, excepto en una sola hipótesis. Si fuera nula la ENAJENACION de las cosas embargadas y de las litigiosas, pero no el CONTRATO que obliga a hacerle, con idéntica razón sería válida el que genera obligación de enajenar cosa que por su naturaleza o su destino está fuera del comercio, o derecho, o privilegio intransferible, así la venta de bienes de uso público sería contrato válido, susceptible de ser cumplido en equivalente; e igualmente lo

sería la de derechos de uso o habitación, o la de percibir alimentos a que tiene derecho el vendedor. Conclusiones todas estas que, como fácilmente se advierte, no resisten el menor análisis.

" Y no se diga que los dos primeros casos del artículo 1521 se refieren a nulidad absoluta, en tanto que los dos últimos solo atañen al interés del demandante en el proceso en que se ha decretado el embargo o se ha registrado la demanda; porque todos cuatro, sin excluir ni uno sólo configuran OBJETO LICITO, o sea que conciernen al interés del público y generan por igual nulidad de aquella especie, no apenas relativa.

Por el derrotero que traza la doctrina que se rectifica, se llega a conclusiones aún más graves. El contrato celebrado directamente por un incapaz sería válido, con tal que el momento del pago de su obligación, ya fuera capaz; y la causa ilícita no generaría nulidad absoluta de la convención, lo cual serviría de válido título o al tradicional que con un contratante debiera hacer a favor del otro si para entonces la ilicitud del motivo determinante hubiera desaparecido. ET SIN DE COETERIS.

" Valga a este propósito un último ejemplo : quien dona o vende el derecho de suceder a una persona viva, no celebra contrato válido productos de obligación que tendrá que cumplirse en equivalente. Este derecho, conforme al art. 1520 no puede ser objeto de donación o contrato, lo que vale tanto como decir que es la donación o contrato y no solamente la enajenación, lo que es absolutamente nulo por objeto ilícito.

" Por lo que atañe a la compraventa, que es cabalmente el contrato cuya nulidad se pide en primer lugar en la demanda con que se inició este proceso,

el punto que se examina no ofrece el menor asomo de duda, en vista del texto del art. 1866 del Código, que reza así : " pueden venderse todas las cosas corporales, o incorporeales, cuya enajenación no esté prohibida por la Ley " (subraya la Corte). De consiguiente, habiendo prohibición legal de enajenar " las cosas embargadas por decreto judicial a menos que el juez lo autorice o el acreedor concienta en ello " (ord. 3 del art. 1521), NO PUEDEN VENDERSE tales cosas, lo que a la luz de lo dispuesto por el art. 1523, conforme al cual " hay asimismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por el art. 1523 conforme al cual " hay asimismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes ", permite sentar formalmente la conclusión de que la venta de la cosa embargada por decreto judicial TIENE OBJETO ILICITO Y ES ABSOLUTAMENTE NULA, o más de serlo el pago de la obligación del vendedor.

" Atendida la estructura que el título y modo tiene en nuestro régimen, o bien tanto el contrato como la tradición son nulas cuando se trata de bienes embargados, o bien el uno y la otra son válidas. No hay más alternativa. Si los contratantes estipulan como pura la obligación de enajenarlo, esto es si no las sujetan a plazo y a condición, contrato y tradición son actos nulos como quiera que aquel prevee el pago inmediato de la obligación de enajenarlo de dar, esto es, mientras el embargo subsiste, se haga cuando la cosa haya sido desembargada (obligación a plazo indeterminado) o en el evento de que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ella, tanto el contrato como la enajenación constitutiva del pago son actos válidos y eficaces.

" Se ha arguido también que la prohibición de enajenar cosas embargadas fue establecida por el legislador en el sólo interés del acreedor en cuyo beneficio se decretó esta medida a quien en nada perjudica el contrato sino únicamente la tradición o enajenación del bien trabado.

"Al sentar esta premisa se olvida, no sobra repetir lo que la nulidad absoluta es de orden público. Puede ser declarada, no sólo a distancia del acreedor burlado, sino también de otra persona que tenga interés en ella, si la prohibición del ordinal 3 del artículo 1521 mirará apenas el interés particular del acreedor a quien el embargo aprovecha, este podrá renunciar al derecho de pedir la declaración de nulidad cuando el mismo no consistió la enajenación ni la autorización al juez (art. 15 del Código), lo que estaría en abierta pugna con la prohibición en los artículos 2 de la Ley 50 de 1936 y 1526 del Código.

" Además, aunque desde un punto de vista teleológico fuera suficiente anular la tradición y no el contrato generador de la obligación de hacerlo, no se justificaría en manera alguna sacrificar el principio de que la validez del contrato, en lo tocante al elemento objeto, se aprecia en función de la licitud del que tenga la obligación u obligaciones de que él nace. Con tanto mayor razón si se parte de la base de quien cosa embarga por haberse obligado contractualmente a darla este estado, efectúa pago nulo proveniente de contrato nulo. No se puede por lo aislar o desarticular estos dos fenómenos so pretexto de que el acreedor ejecutante no le interesa la invalidez del contrato, sino solo la del pago de la obligación que este produce. No sobra agregar que, como con razón la advierte el recurrente, el artículo 1521, no forma parte del título VI, del libro II del Código relativo a la tradición como modo de enajenación y adquirir derechos, sino del título II del libro IV, que trata de la formación de los contratos y de la manera como generan obligaciones. El OBJETO es el principal elemento de la obligación y sus condiciones entre ellas de la cosa sea comercial afectan el contrato. Por lo tanto, cuando por el artículo 1521 se expresa que hay objeto ilícito en la enajenación de los bienes embargados, se está haciendo referencia al objeto de la obligación de enajenarla y, a través de esta, AL CONTRATO DE LA CREA. LA TRADICION, no es acto jurídico pro-ducto de obligaciones de dar; es el paso de una pre-existencia de esta clase,

y su validez se rige por normas especiales que es su correspondiente lugar el código contiene, una de las cuales atañe a la validez del título (art. 745) " (Corte Cas. Civil, Dic. 14/76).

" Ahora bien: teniendo en cuenta las transcripciones anteriores, no es necesario, en sentir del tribunal, que previamente se otorgue la escritura pública de enajenación del inmueble afectado de embargo judicial, para que el juez deba declarar la nulidad de la enajenación por objeto ilícito, con base en lo que dispone los artículos 1502, 1521, 1740 y 1741 del Código Civil, en concordancia con el artículo 89 numeral 2 de la Ley 153 de 1887, y teniendo en cuenta el imperativo mandato del artículo 2 de la Ley 50 de 1936, porque llegar a aquel extremo es no solamente exagerar el sentido de las disposiciones citadas sino forzar el contratante cumplidor a buscar el otorgamiento de una escritura que mediante mano se sabe es nula, de nulidad absoluta, haciéndola más onerosa su defensa. " Nótese a este respecto, que la doctrina y la jurisprudencia hablan expresamente de objeto ilícito en la enajenación de cosa que al momento del otorgamiento del título de transferencia, se hallara fuera de comercio por embargo judicial.

" Lo prohibido por la ley, no puede mediante un contrato de compraventa resultar legal.

" Lo que exige aquí la ley no la preposición de la escritura, sino la certificación del registrador del II.PP., sobre existencia de los embargos al momento de que debe otorgarse el título. Exigir la copia de la escritura sería tanto como obligar al prometiende comprador a cumplir la promesa de compraventa, pagar el precio convenido etc., a sabiendas de que nada está comprado y propiciar el presunto delito de estafa cometido por el prominente vendedor.

" En tales circunstancias, demostrado que al tiempo que debía otorgarse la escritura pública de compraventa del inmueble se relaciona la promesa suscrita por las partes el bien, se hallaba fuera del comercio por embargo judicial, se propone decretar la nulidad absoluta de la enajenación allí convenida en sus consecuencias " (4).

" Promesa de venta. Puede prometerse en venta un bien que a la fecha de la promesa estaba embargado, diferencia entre la promesa de celebrar un contrato de compraventa con el contrato a que la promesa se refiere. " No obstante lo anterior (fallas técnicas de la demanda) la Corte procede a hacer algunas precisiones y rectificaciones doctrinales al sentenciado de segundo grado y específicamente a la tesis por éste sentada, según la cual la promesa de venta resulta ser nula, de nulidad absoluta, cuando el bien objeto de tal convención estaba embargado al momento de cumplirse la obligación de solemnizar por escritura pública el contrato prometido.

" No puede confundirse, por existir notorias y sustanciales diferencias, la promesa de celebrar un contrato de compraventa con el contrato a que la promesa se refiere. A título meramente enunciativo, diferente a lo siguiente: a. La promesa es una convención siempre solemne, puesto que debe consignarse por escrito, el contrato de compraventa generalmente no requiere de solemnidades, puesto que en el común de los casos es comercial. b. La consignación escrita de la promesa de compraventa no es una exigencia simplemente at probatione sino at solemnitate o at substantivas actus; lo propio no concurre en todo contrato de compraventa art. 286 de. C.P.C. c. Es requisito para la validez de la promesa del contrato que tenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrar el contrato; esta exigencia no es propia del contrato de compraventa (art. 89 Ley 153 de 1857) d. La promesa del contrato no es rescindible por lesión enorme; el contrato de compraventa aún el ejecutado en desarrollo de

la promesa puede en determinados eventos y circunstancias ser atacados y rescinido por lesión enorme según se desprende de la ley (art. 1946, 1947, 1948, del C.C., 32 de la Ley 57 de 1887) y la doctrina de la corte (cas. civ., 2 de Julio de 1969 CXXXI 45; 9 de Julio de 1971. CXXXIX, 58 a 60). e. Según las diferentes especies de obligaciones, la promesa general obligaciones de hacer; en cambio el contrato de compraventa produce obligaciones de dar. Ha dicho la Corte que, " de la promesa de compraventa nace como obligación específica para cada una de las partes la de concurrir a la celebración eficaz del contrato prometido en el término o al cumplimiento de la condición al efecto estipulado. Esto es que como lo señala la doctrina solo produce obligaciones de hacer. " Tratándose de la promesa de compraventa quiere decir que los derechos y obligaciones de la compraventa genera, esto es, que la promesa no confiere al promitente vendedor título al pago del precio, ni el prometiente comprador título alguno de la entrega de la cosa, efectos que solamente originará la compraventa en cuanto sea celebrada, pero que no podrán subunidos por la mera promesa cuyo poder vinculatorio no vá mas allá de obligar mutuo y recíprocamente a las partes a la celebración del contrato prometido (cas. civ., 28 de Julio de 1950, XCIII, 17 de Abril de 1965 aún no publicada). f. La promesa de contrato no es título traslaticio de dominio en cambio al contrato de compraventa si lo es (art. 165 del C.C.). La promesa no es un acto de enajenación no generalmente obligaciones a dar, no va destinada a la mutación del derecho real; el contrato de compraventa si está orientado al desplazamiento con la concurrencia del modo del derecho real y, por lo tanto, es una convención que resulta ser nula por objeto ilícito, si al momento de celebrarse se encontrara embargado el bien sobre el cual recae. (art. 1521 del C.C.).

" Las reflexiones precedentes indican con suficiente claridad que la promesa de contrato difiere del contrato prometido. Y aceptada la doctrina en esta premisa, ha sostenido que puede prometerse en venta un bien que a la

fecha de la promesa estaba embargado, porque si el promitente vendedor liberta la cosa con antelación colocada en condiciones de cumplir esta última convención; sino la desafecta de la traba el contrato prometido, no se puede señalar y, por lo tanto, ha incumplido con las obligaciones contraídas de la promesa, conducta que la ley sanciona con acciones diferentes a la nulidad (artículo 1610, 1546, del C.C.).

Sobre el particular ha sostenido la jurisprudencia de la corte que " la simple promesa de contrato no es un acto de enajenación del contrato prometido que es necesario no confundir con el objeto del contrato de venta que es la cosa vendida; por consiguiente, si cuando se verifica la promesa el objeto de contrato está embargado por decreto judicial, no cabe afirmar por esta razón que el objeto de la promesa está fuera del comercio, ya que hay distinción real entre uno y otro.

Puede prometerse, pues, la venta de una cosa que en la fecha de la promesa está embargada; como puede prometerse la venta de la cosa ajena. Si para perfeccionar el contrato prometido del prominente vendedor y liberta la cosa, la pondrá en condiciones de ser objeto lícito del contrato. Si no la liberta, el contrato no podrá perfeccionarse por culpa del prominente vendedor quien se tendrá como infractor de la promesa " (T. XLI, 133) (5).

" Venta de bienes embargados. Es nula por objeto ilícito (art. 1523 C.C.).

Segundo cargo, se formula así : la sentencia es violatoria de normas de derecho sustancial: los artículos 1521, 1523, 1866 del C.C. por interpretación errónea y de los artículos 1740 a 1742, 1746, 950 y 961 y ss. del C.C. y 2 de la Ley 50 de 1936 por ampliación indebida ".

" En desarrollo a su acusación aboga el recurrente por una rectificación de la doctrina sentada por la Corte de su sentencia del 14 de Diciembre de 1976, para que se acoja nuevamente la que se sostuvo en otras especialmente en la del 13 de Mayo de 1968, conforme a la cual lo que es nulo por objeto ilícito es meramente embargable no el contrato por el cual alguna de las partes se obliga a hacerla. Tercer Cargo. Se hace consistir en que (la sentencia es violatoria de normas de hacerlo de derecho sustanciales, de los arts. 1740 a 1742, 1521, 1523 1866 del C.C. y 2 de la Ley 50 de 1936 por interpretación errónea en razón de la cual fueron aplicados junto con los arts. 1746, 950 y 956 y s.s. del C.C. por interpretación errónea, en razón de la cual fueron aplicados a un caso que ellos no regulan. En desarrollo de este cargo, confirma el impugnador su aspiración de que se rectifique la última doctrina de la Corte sobre que tanto el contrato como la tradición, tratándose de bienes embargados, son actos nulos por objeto ilícito y para el efecto transcribe casi en su totalidad la sentencia del 13 de Mayo de 1968, haciendo luego especial hincapié en que la traba de bienes mira exclusivamente al interés del acreedor ejecutante y no al público en general.

" Sin entrar de nuevo en aclaraciones que fueron hechas a espacio de la sentencia del 14 de Diciembre de 1976, entre las cuales se encuentra la relativa a que, por tratarse de nulidad absoluta por objeto ilícito, la que hiere tanto en contrato como la tradición en el contrato de bienes embargados por decreto judicial, concierne el interés público y no solo al particular y privado del acreedor ejecutante sea suficiente transcribir aquí el artículo 1866 del C.C., que en opinión de la Corte resuelve por completo y con toda claridad el caso de este proceso : Pueden venderse todas las cosas corporales o incorpóreas, cuya enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, las cuales constituyen objeto ilícito (Ordinal 3 del art. 1521 Ibidem).

Luego la venta de cosa embargada por decreto judicial es absolutamente nula por objeto ilícito (1523-Ibidem).

" A lo anterior agregase que vendedor y comprador, lejos de haber declarado en la escritura No. 720 del 3 de Septiembre de 1965 quedó dos de los tres inmuebles vendidos estaban a la sazón embargados, y de haber pactado que la tradición de ellos se haría cuando tales bienes estuvieren desembargados o en evento de que el juez autorizara venderlo o el acreedor ejecutante consistiera en ello, omitieron declarar en ese instrumento que dos de las porciones de terreno vendidas estaban sujetas a embargo y pactaron como pura y simple la obligación de hacer tradición de ellas. Todo lo cual determina sin lugar a duda, la nulidad absoluta de la venta por objeto ilícito proveniente del embargo que afecta esas dos porciones.

" Es necesario concluir por lo tanto, que el Tribunal no interpretó erróneamente ninguna de las disposiciones que en ya censura se señalan.

"Estos dos cargos, de consiguiente tampoco prosperan"(6).

B) EXTENSION DE EMBARGO Y SECUESTRO

El proceso cautelar de embargo y secuestro se extiende a los frutos que produzca la cosa, así por ejemplo, los arrendamientos, las cosechas que produce el inmueble, también los rendimientos intereses, dividendos que producen los créditos, acciones, etc.

Es de anotar, que también hacen parte de dichas medidas los accesorios y servicios especiales de los bienes así por ejemplo, el garage a que tiene derecho un apartamento de propiedad horizontal. Al respecto la Jurisprudencia:

" Propiedad Horizontal. La transferencia, gravamen o embargo lo mismo que la reivindicación de un departamento comprende los derechos del propietario sobre los bienes comunes de todo el inmueble. Con antelación a la vigencia de esta ley (182 de 1948). El dominio del edificio levantado sobre determinado terreno en principio era de propiedad exclusiva del dueño de este, o pertenencia en común a los distintos condominios del terreno, esto era lo que comúnmente ocurría.

"Más a partir de su vigencia se introdujo un cambio fundamental al sistema imperante al permitir que un edificio considerado en sí físicamente como una unidad, jurídicamente pudiera tenerse por dividido, de tal manera que cada uno de sus pisos o sus distintos apartamentos tuviese un propietario exclusivo que ejerciera sobre cada uno de ellos derecho privativo de dominio, con exclusión de todos los demás copropietarios. Resultó así que sobre cada piso o departamento su dueño no tenía calidad de copropietario, sino de señor exclusivo. Sin embargo como este dominio, privativo sólo podría ejercerse sobre el piso o el apartamento mismo con prescindencia del terreno en que todo edificio estaba levantado; de su techumbre y cimientos; de los pasillos, zaguanes, vestíbulos, escaleras y ascensores; de sus instalaciones generales de agua, energía, teléfono, calefacción, desagües, etc. Sobre estos últimos bienes por estrenar en el fundamento de la existencia, seguridad y conservación del edificio y por estar otros destinados inexorablemente al servicio de todos los propietarios para permitirles el uso general, estableciendo que los derechos de cada propietario en los bienes comunes, eran inseparables del dominio, uso y goce de su respectivo departamento. Sentados estos dos importantes principios: el de que cada propietario es dueño exclusivo o privativo de su piso o apartamento, y el de que únicamente de comunero de los bienes afectados al uso común, la ley los asamble de tal modo que los hace indivisibles, formando con ellos una sola

entidad jurídica al establecer que, esa especie de copropiedad no puede existir comunero en aquellos últimos bienes que pertenecen a todos, que al mismo tiempo no sea propietario exclusivo de un piso o apartamento o condominio de él y para que separada del derecho indiviso en esos bienes comunes consagraba que su dominio era inalienable y rebajó la condición de ellos al calificarlos como obligados accesorios de los pisos o departamentos; con esto enseñan que no puede ser materia de disposición separada de los bienes que acceden que irremediabilmente son inseparables y así como estos bienes comunes no pueden ser objeto de enajenación singular puesto que acceden siempre a los pisos o departamentos de los cuales no pueden separarse, el legislador advirtiéndolo que unos y otros físicamente no forman un todo, cual sucede con la sombra y el cuerpo que la proyecta para reafirmarse el concepto de la estrecha unidad jurídica que entre los mismos existe de su inseparabilidad y de la atracción que, en este caso, el dominio exclusivo sobre el derecho comunal expresamente dispuso que la transferencia, gravamen o embargo de un departamento o piso se entenderán comprendidos los derechos comunes que el propietario de este tienen sobre los bienes afectados al uso general de todos los propietarios finalmente para consagrar de manera definitiva el principio de la inseparabilidad, dispuso que no se transfiriere, embarga separadamente los dichos bienes comunes. Impulsado el legislador por su clara voluntad de establecer la propiedad horizontal o régimen de copropiedad que, no obstante participar de ciertas características propias de la comunidad, no se identifica con esa la dote de fisonomía propia de establecer peculiaridades que la distinguen, que la individualizan a pesar de sus semejanzas con otras especies de copropiedad o indivisión.- Así : aunque los mismos pisos o departamentos levantados sobre el mismo terreno común integran un mismo edificio vale decir, con partes materiales y una misma unidad física dispuso que cada propietario puede enajenar su piso o departamento, hipotecarlo, darlo en anticresis y arrendamiento sin los dueños de los demás pisos o

apartamentos: pero sin olvidar que el terreno en que la construcción se levanta es terreno común y que comunes tienen que ser los ascensores, escalas, vestíbulos, pasillos, tec. Estableciendo una forzosa indivisión de estos últimos bienes mientras exista el edificio. Y al paso que la comunidad del código, por ejemplo, cada comunero tiene una cuota indivisa e indeterminada sobre todo el bien común y sobre cada una de las partes sin que sea dueño único de ninguna porción en concreto en el régimen de propiedad horizontal cada propietario es dueño único de ninguna porción en concreto en el régimen de propiedad horizontal cada propietario es dueño exclusivo de la parte precisa que forma su piso o departamento y no tiene derecho alguno en los demás ajenos y es comunero a la vez ... " (7).

II EFECTOS JURIDICO PROCESALES (RETIRADA DE LA DEMANDA, INTERRUPCION A LA PRESCRIPCION)

Al igual que el proceso cautelar general, la ejecución de las cautelas, impide la posibilidad de retirar la demanda, punto este ya abordado lo mismo que la influencia que produce el proceso cautelar sobre la interrupción a la prescripción al cual nos remitimos.

III. EFECTOS ECONOMICOS

Como lo advertimos en la parte general, la práctica de un embargo conlleva gastos que debe asumir la parte interesada en él, por ello la condena en costas del proceso incluye estos gastos efectuados en el embargo.

Pero mayor importancia tienen los condenados en perjuicios a cargo del embargante cuando la pretensión invocada no prospera y la sentencia no le es favorable, para no extendernos veamos la jurisprudencia al respecto : " Responsabilidad por Medidas Cautelares. En el juzgado décimo civil del circuito se

ventiló y desató la primera instancia del proceso ordinario que instauró el señor TIBERIO JARAMILLO R. y CIA, MEDELLIN LTDA. (SERVIFRENOS).

" El actor dice haber sido el propietario del vehículo bus placas No. TA 9816, marca Dodge, afiliado a Transportes Aranjuez, Santa Cruz, y en tal carácter prestaba servicio con un provecho de \$ 1.000,00 diarios a más del subsidio de transporte. Todo lo cual se vió privado el demandante por causa de embargo y secuestro a que fue sometido el carruaje dentro de la ejecución que recibió ENRIQUE RENDON A., en el Juzgado séptimo civil de Medellín.

" Dirige la demanda contra " SERVIFRENOS " de que esa entidad cedió el cobro en beneficio del ejecutante con fundamento en la cual instauró la demanda LUIS ENRIQUE RENDON y obtuvo el secuestro del vehículo del 26 de Marzo de 1976, fecha desde la cual sufriendo la privación del goce y la tenencia del referido bien.

" El ejecutado propuso las excepciones de pago y falsedad. Prosperó la primera y en sentencia se consideró a la persona que aquí se demanda como la real ejecutante, dado por LUIS RENDON, UN SIMPLE MANDATARIO.

" Sin embargo el ejecutivo inicial dió pié a que se le acumularan otras dos demandas una de JAVIER URIBE y otra del propio LUIS RENDON, todo por obligaciones que hubiera pretendido inicialmente el secuestro del bus.

" No obstante, la retención del bien desde la fecha en que se produjo el demandante ha estado cubriendo la tasa de afiliación los salarios del conductor, seguro social, garaje y demás obligaciones....

" Responsabilidad por secuestro, Anotamos en esta providencia que conforme al art. 687 del C.P.C., se sabe que debe condenar en perjuicios a quien

solicite la medida cuando ella se levanta por iniciativa de quien la impetró, por desistimiento de la demanda por disponer el cese de la ejecución, por vencimiento del actor, que en proceso declarativo y por transcurrir tres meses a partir del mandamiento ejecutivo sin que éste se notifique.

" Sin embargo es necesario establecer la relación de causalidad entre el hecho de solicitar la medida y los perjuicios, pues de lo contrario el demandante no responde de ellos, en verdad hay algunos que se presumen causados por el hecho de la medida como son los intereses del dinero retenido, el lucro cesante por el tiempo comprendido entre la captura de un vehículo y su entrega al secuestro, algunos perjuicios cuando se ha habido agustia comprobada con ocasión de la medida cautelar etc., pero el lucro cesante por el tiempo que dura el depósito en manos de un secuestro de ninguna manera se presumen causado por el secuestro, según lo veremos luego. Obligaciones del Secuestro y su responsabilidad. Con el fin de un eventual triunfo del demandante no resulta ilusoria la ley, ha ideado las medidas cautelares de embargo y secuestro pero el principio tiempo, con miras a evitar que este cause perjuicios a las partes o lo cause en la mínima cantidad posible, ha reglamentado las funciones del depositario judicial en la siguiente forma: a.- El Decreto 2204 de 1969, en su art. 1 dispone que los cargos auxiliares y colaboradores de la justicia son oficios públicos, para lo cual se requiere idoneidad. b.- El Decreto 2265 del mismo año en su art. 12, numeral 3 manda excluir al auxiliar administrativo que haya incurrido en comprobada negligencia. c.- Durante el depósito judicial es obligatorio para el funcionario relevar el secuestro que haya procedido negligente-mente (C.P.C. art. 488). d.- Cuando lo secuestrado son empresas o bienes productivos el secuestro tiene funciones demandatarios, y así debe ponerse el frente de la empresa con responsabilidad a su cargo hasta de la culpa leve si hay lucro cesante u otra deficiencia (art. 683). e.- Debe prestar caución el depositario, precisamente para responder de los perjuicios venidos por su

culpa grave o leve (art. 663). f.- Si se trata de muebles improductivos, el secues-re debe guardarlos en sus bodegas o en un almacén general de depósito u otro lugar seguro, PERO SI SE TRATA DE VEHICULOS DE SERVICIO PUBLICO, o " el secuestro se practicará como el de las empresas industriales o sea que el se - cuestre asumirá la dirección... procurando seguir el sistema de administración vigente " o sea a que si hay un conductor del vehículo continuará este con sus funciones, el propietario podrá prestar funciones de asesoría pero ambos bajo la dependencia del secuestre. Lo dicho se infiere del art. 682 numeral 4 en armonía con los arts. 684 numeral 2 infine y 682 numeral 6 y 8. g.- El Decre to 2265 de 1969, en su art. 27 numeral 5 dispone para casos el contemplado en el literal precedente, una remuneración del 5% de los provechos brutos y el juez puede señalar aún remuneraciones parciales durante el cumplimiento del cargo. De los comentarios hechos anteriormente puede inferirse como dice la ley de figu rosa para reglamentar en sus detalles lo relativo a las funciones y responsabili dades de los auxiliares de justicia, especialmente la de los secuestres, previen do inclusive la responsabilidad en que incurren si son de dolo o negligencia gra ve o leve. Agregamos a manera de autoridad que un caso similar ventilado de aquí lo fue también allá en Francia y se resolvió que quien procede erróneamente en un embargo no responde de la malversación a la que entrega el guardia de los obje tos embargados (Mazeaud Tunc, No. 1442-2). El dolo es del guardián más no el demandante. Lo mismo si paraliza los bienes productivos la negligencia es la del secuestre y a nadie más puede imputarse. Se arguirá que con la tesis planteada no tendría sentido alguno el artículo 687 en su último apartado que ordena impo ner los daños a cargo de quien solicitó la medida. Se responde a ella que tal norma no está excluyendo la prueba de la relación de casualidad y que en verdad como se dijo, si hay perjuicios que puedan imputarse al demandante, como son, los intereses del dinero congelado, los frutos que se produjeron entre el tiempo transcurrido, entre las capturas del vehículo y su depósito, los perjuicios mora

les, que deben probarse, porque no se presumen, etc. SINTESIS, Para resumir lo dicho tenemos: a.- Las costas procesales indican responsabilidad objetiva y se imponen de oficio. b.- Los perjuicios originados por causa del proceso de ben imponerse a cargo de la parte dolosa o temeraria y ello a un de oficio cuando aparezca la temeridad o el dolo. c.- Las medidas cautelares erróneas ge neralmente también responsabilidad objetiva y en el mismo proceso debe condenarse aún de oficio el pago de perjuicios. En Italia se necesita por lo menos cul pa leve y petición de parte. d.- Si nó se ha condenado en el mismo proceso, puede instaurarse otro para obtener la indemnización. e.- Pero en todos los casos anteriores, hay que demostrar la relación de causalidad, teniendo en cuen ta que no se admite la tesis de la equivalencia adecuada. f.- Hay perjuicios que pueden imputarse a quien solicitó erróneamente la medida cautelar, pero si, hay lucro cesante con posterioridad al secuestro, de el responde generalmente el depositario y no el demandante, debido a que se ha interrumpido la relación de causalidad (8),

" PERJUICIOS, El embargo y secuestro indebido de bienes de terceros con figura abuso de derecho de litigar y dá lugar a indemnización de perjuicios no solo en virtud de las normas del Código de Procedimiento Civil sino del artículo 2341 del C.C.. La demanda pretende que se condene el pago de los perjuicios causados por el indebido embargo y secuestro en el proceso ejecutivo de C.F.A. contra I y H.F.V.A. en el proceso aparecen aprobados los siguientes hechos: a. Que el juzgado 10 civil municipal de Bogotá, cursa un proceso ejecutivo instaurado por el Doctor Carlos Farfán Arévalo como endosatario del señor L.H.C., contra los señores I y H.F.V.A., este hecho se demostró con las copias del citado proceso que aparecen los folios 11 a 52 del cuaderno número uno y en la inspección judicial practicada por el juez a que (cuaderno de pruebas de la parte actora, folio 9) en donde aparece un recuento de la acción procesal. b) El

hecho segundo está demostrado ya que en la inspección judicial practicada por el que aparece el vehículo de placas TA 3705 fue secuestrado. c. El hecho tres está igualmente probado, ya que en los folios 1 y 2 del cuaderno de pruebas de la parte actora la diligencia embargo y secuestro del citado automotor de placas TA 3705. d. El hecho cuarto está probado por cuanto obra en autos el contrato de compraventa celebrado el 16 de Septiembre de 1975, en virtud del cual el señor V.M.C., compró al señor F.V.A. el bus objeto de la litis advirtiéndole que si bien no coincide la placa, las demás características son iguales sin que lo anterior conlleve la conclusión de que se trata de vehículos diferentes como lo afirmó el juez a que este derecho está demostrado ya que a los folios 6 y 7 del cuaderno de pruebas de la parte actora obra el contrato de compraventa y este hecho fue además comprobado en la inspección judicial practicada por el juez de primer grado. e. Está asimismo probado el hecho 5, ya que en las letras de cambio que figuran como título ejecutivo no figura como obligación del actual demandante como aparece de las copias del proceso ejecutivo del C.F.A. contra J.I. y H.F.V. que obran en el expediente. f. Está probado el hecho 6 dado que el ejecutante Dr. D.F. denunció como propiedad del demandante actual del vehículo objeto de litis, lo que se deduce de las copias del mencionado proceso ejecutivo que obran en el expediente. g. En cuanto al hecho 7 está demostrado que el vehículo TA 3705 según constancia del inspector de tránsito y transporte de Chiquinquirá fue retenido por cuenta de este despacho y trasladado a los patios de circulación por estar trabajando como pirata en esta localidad, habiéndose llamado la atención repetidas veces. Dicho artículo fue retirado al señor V.M.C.H. respecto al hecho 8 está demostrado mediante inspección judicial practicada por el juez a que el cuaderno número 2 al folio 37 vuelto del proceso ejecutivo de C.F. contra J.I. y H.F.V.A. parece el auto de mayo 23 de 1977 en el cual se consigna al juez civil municipal de Chiquinquirá reparto para la entrega del vehículo secuestrado en virtud del desembargo al señor V.M.C. quien lo poseía en el momento de la captura y en cuanto al hecho 9 referente a

los perjuicios se observa; no está probado en el expediente que el demandante hubiere tenido la suma de cinco mil pesos por gastos de juicios a fin de obtener el desembargo, mediante dictámen pericial está probado que el automotor producía Quinientos mil pesos mensuales debido a su mal estado de conservación, lo que habría entre el 12 de Diciembre de 1975 y el 20 de Mayo de 1977 la suma de Doscientos Veinticinco Mil Pesos, pero como en la demanda se solicitó como condena la cantidad de Ciento veintisiete mil quinientos pesos a ésta cifra se limitará la condena el dictámen es claro y preciso y la sala le otorga plena credibilidad para demostrar el producido mensual del vehículo objeto del secuestro.

"En conclusión ; a. Está probado que los demandantes hicieron secuestrar un automotor de propiedad del demandado, ya que éste no era su deudor, b. Al privar al actor de la posesión del vehículo que le causó daño al no poder usufructuarlo ni arreglar su situación de tránsito debido a la traba judicial, está concentrado el perjuicio mediante el dictámen pericial, que reúne los requisitos de claridad y presición y concisión, por lo cual puede ser aceptado; la ley condena ese perjuicio, se extiende a los demandados L.H.C., acreedor o beneficiario de letras y a sus endosatarios por cuanto ambos causaron el perjuicio con actuación indebida. El embargo y secuestro indebido de bienes de terceros configura abuso de derecho de litigar a dar lugar a indemnización de perjuicios no solo en virtud de las normas del C.P.C. sino del artículo 2341 del C.C. como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia (Cas. 30 de Octubre de 1935 XLIII, 313.9 de Abril de 1942, LIII, 302, Cas. 19 de Mayo de 1941 LI 248 y 22 de Junio de 1943 LV 550). La privación de la posesión del automotor al secuestrárselo indebidamente y en forma temeraria el demandante, le causó perjuicios por tenerlo inmovilizado durante cerca de dos años, y sin que se pueda decir que se advirtió que al tener irregularidad de tránsito el vehículo no hay perjuicio, y que como se ha dicho bien hubo podido el autor arreglar la situación de tránsito para poner a trabajar dicho vehículo en forma normal"(9).

CITAS 14

- (1) DE LA PLAZA, Manuel. ob. cit. p. 79. " Ha examinado CARNELUTTI esta cuestión, remontándose una vez más a la tesis del interés, que, certera mente, califica de médula del derecho subjetivo; y ha notado que, resol viéndose este siempre en la facultad de gozar y en la de disponer, es precisamente en contemplación de esas facultades, como se construye en el proceso de embargo la situación del deudor, la del acreedor, la del tercero, que puede tener un interés a que la traba afecte y la de la persona a quien, alieno nomine, se confíen actos de administración, de custodia y aún de representación, que no puedan realizar, ni el titular de derechos sobre la cosa embargada, ni el que lo es de otros, cuyo ase guramiento exige el embargo. Se alcanza con ello la conveniencia y aún la necesidad de sistematizar, obedeciendo a este criterio, la doctrina sobre los efectos del embargo. Pero, además, el peligro de distracción o, simplemente, de maliciosa alteración de la cosa embargada, que es, en fin de cuentas, la idea que preside la articulación de muchos de los procesos cautelares, y muy singularmente el que ahora es objeto de nues tro estudio, no es tan temible, por obvias razones, cuando se trata de cosas inmuebles que cuando se trata de cosas de otra índole, singular mente el mobiliario, de ahí también que el alcance de los efectos del embargo sea diverso, según se trata de una u otra clase de bienes. Es tas ideas generales nos parece muy útiles para distinguir, con arreglo a las del ilustre profesor italiano, más consingular aplicación al dere cho español. Los derechos del deudor, del acreedor y de los terceros sobre los bienes objetos del embargo y la posición del administrador o custodia de ellos ".
- (2) MORALES MOLINA, Hernando ob. cit. p. 220. En el mismo sentido: PARDO, Antonio J. ob. cit. p. 354. MICHELI, Gian Antonio. Derecho Proce sal Civil. Buenos Aires, Ed. Ejea. 1970 t. III p. 155. Traductor SANTIA GO SENTIS MELENDO. PEREZ VIVES, Alvaro. Teoría General de las Obligacio nes. Bogotá. Ed. Temis. 1955. t. III. p. 239-240. GARCIA SARMIENTO, Eduar do. ob. cit. p. 262.
- (3) Casación Civil 7 de Noviembre de 1975. Magistrado Ponente: Dr. José María Esguerra Samper.
- (4) TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA. Sentencia 12 de Octubre de 1980. Ordi nario de Fermín Saenz v/s Exeomo Olaya Castillo. Magistrado Ponente: Brau lio Espejo Hernández.

- (5) Casación Civil. Marzo 22 de 1979. Magistrado Ponente; Dr. Alberto Ospina Botero.
- (6) Casación Civil. Junio 12 de 1980. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Uribe Olguín.
- (7) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 7 de Diciembre de 1971. publicada en Jurisprudencia Civil de la Corte Suprema de Justicia. HECTOR ROA GOMEZ. t. III. Bogotá, Ed. A.B.C. 1979.
- (8) TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN. 22 de Enero de 1980. Magistrado Ponente: Dr. Arturo Gómez Duque.
- (9) TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA. Junio 7 de 1980. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

EL REGISTRO O ANOTACION CAUTELAR DE LA DEMANDA

15

GENERALIDADES

I. CONCEPTO DE ANOTACION CAUTELAR DE LA DEMANDA.

El registro de la demanda consiste en la anotación que hace el funcionario de Registro de Instrumentos Públicos o de Automotores, de naves o aeronaves; en el folio de la matrícula respectiva, de la orden del juez comunicada a través de oficios, de la existencia de un proceso, con la cual queda vinculado el bien sobre el que recae el proceso cautelar, a las resultas del proceso.

El registro de la demanda fue creado en el sistema colombiano por la Ley 57 de 1887, art. 39, cuando al adicionarse el art. 2641 del Código Civil, se ordenó crear dos libros más de los tres existentes y estos fueron el Libro de Registro de Embargos y el Libro de Registro de Demandas Civiles.

Por la misma Ley 57 de 1887 en su art. 42 se reglamentó la forma de practicar dicho Registro de Demanda; para tal efecto dispuso la norma en mención que el juez ordenará el registro de una demanda civil cuando ante él se presente un proceso ordinario sobre la propiedad un inmueble.

Frente a esta primera forma de Registro de la demanda en la citada Ley encontraremos las siguientes diferencias con el registro de la misma en la actualidad:

1. En La Ley 57/87 la medida recaía únicamente sobre inmuebles y sobre muebles sujetos a registro (automotores, naves y aeronaves).

2. En la Ley 57/87 era procedente únicamente en procesos ordinarios que versarían sobre dominio, en la actualidad también en procesos ordinarios que versen sobre el dominio u otro derecho real constituido sobre bienes muebles e inmuebles directamente o como consecuencias de una pretensión distinta o sobre una universalidad de bienes de cualquier naturaleza.

3. En la ley 57/87, la medida se decretaba y se practicaba una vez se notificara el auto admisorio de la demanda al demandado; en la actualidad, se puede decretar y practicar antes de la notificación del auto admisorio de la demanda y en cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia de segunda instancia.

4. En la Ley 57/87 la inscripción de la demanda impide que el registrador inscribiera cualquier otro acto de gravamen o disposición; en el actual código no impide la inscripción ya que no saca el bien comercio, pero la sentencia dictada en el proceso surte efectos de cosa juzgada contra quienes adquieran o constituyan gravámenes sobre los mencionados bienes.

5. En la Ley 57/87 se debía pedir en la demanda, en la actualidad se pueden solicitar en cualquier estado del proceso.

Respecto del código judicial a la ley 105 de 1931, en el artículo 740, autorizó también la cautela de registro de la demanda para los procesos ordinarios cuando este verse sobre el dominio y su regulación la remitió al artículo 42 de la ley 57 de 1887, por lo tanto la forma de inscripción, su oportunidad y sus efectos subsistieron en dicho código judicial, solamente la medida ampliada en el sentido de ser procedente en los procesos ordinarios en que se discute el dominio y otro derecho real principal constituido sobre un inmueble.

Con posterioridad vino la ley 38 de 1945, introduciendo al artículo 740 del código C.J. y 42 de la ley 57 de 1887, algunas modificaciones; creemos suficiente transcribir el concepto del profesor LUIS FELIPE LATORRE, al comentar el artículo 740 y la nueva ley reformativa.

" Pasando ahora al artículo 740 que la ordena al juez dar cumplimiento a lo instituido en el artículo 42 de la ley 57 de 1887, debe saberse que esta disposición establece el registro de la demanda que verse sobre la propiedad de un inmueble. Esa formalidad se surte inscribiendo o anotando la comunicación del juez en el libro correspondiente que se lleva en la oficina de registro de circuito donde está situada la finca, con el fin de considerarla de litigio para los efectos del artículo 1521 del C.C. .

" De manera que mientras no se dé cumplimiento al citado precepto de la Ley 57 no se entenderá que el bien está en litigio y consiguientemente substraído del comercio. Y esto tiene que ser así porque de lo contrario no habría modo de saber si un inmueble está o no en pleito, en efecto no bastaría hacer averiguación a los juzgados del circuito de la ubicación de aquel porque la demanda ha podido presentarse en otro si allí está el domicilio del demandado (numeral 2 y 23 del artículo 152). Una casa de Bogotá, por ejemplo, puede ser objeto

to de un pleito en Barranquilla, Pasto o Bucaramanga, si las partes, o siquiera el demandado, son vecinos de uno de estos municipios de la República, resultaría imposible informarse del estado jurídico de un bien, en determinado momento, si no fuera por la oficina de registro de la ubicación, a donde debe llegar el oficio del juez cualesquiera que sea.

" Con respecto a este punto es de advertir que la ley 38 de 1945 introdujo varias modificaciones referentes al registro de la demanda:

" 1. Una ventajosa para el demandante, consiste en que la ley 57 de 1887 tenía instituido que la inscripción se hiciera después de la notificación demanda, regla inconveniente porque con frecuencia el demandado se enteraba de la presentación de aquella y mientras se repartía, se pasaba al despacho, la examinaba el juez, dictaba el auto de admisión y se hacía la diligencia de notificación y traslado al demandado, este tenía tiempo de otorgarse apresuradamente una escritura de venta a un tercero, u otra operación semejante, la que inutilizaba la demanda o, por lo menos traía una complicación en el proceso.

" La ley 38 de 1945 permite registrar la demanda desde antes de ser notificada, medida que obvia el inconveniente apuntado.

" 2. Otra perjudicial al demandante, que lo obliga a dar caución dentro de los treinta días siguientes a la notificación, so pena de cancelar el registro.

" Es verdad que este puede causar perjuicios a un demandado vencedor pero con caución o sin ella él puede cobrarlos. Por otra parte las cauciones generalmente, en particular, si consiste en fianza simple, son ilusorias y, en cam

bio constituyen una traba muy grande para la efectividad de la acción, porque no todo demandante está en posibilidad de dar cauciones para hacer valer su derecho, que puede ser sacrificado así injustamente. A este respecto cabe decir aquí lo que expresó la comisión revisora del código 1925 con respecto a la fianza de costa que exigía el código anterior y que fue abolido en el nuevo. " Por virtud de estas disposiciones, el sagrado derecho de acudir al poder judicial queda subordinado a una exigencia que no vacilamos en calificar de mezquina, inspirada solo en celo excesivo en favor de los intereses de las personas demandas, a quien se quiere asegurar a todo trance contra la simple posibilidad de que la acción deducida sea del todo infundada o temeraria.

El caso de una demanda de esta clase es raro, o al menos frecuente, si el perjuicio que con ella se puede causar no es de tanta monta, como el que puede seguirle al demandante, y por no hallarse en capacidad de consignar una suma o de conseguir un fiador, quedan cerradas para el las puertas de la justicia.

" 3. La de que el registro de la demanda procede no sólo cuando ella versa sobre el dominio o propiedad, sino también cuando se trate de otro derecho real principal (como el de usufructo).

" 4. Muy conveniente, hacer extensivo el registro de la demanda al caso de que verse no sólo sobre un cuerpo cierto inmueble sino también el evento de litigio sobre una universalidad de bienes dentro de la cual haya inmuebles. Sería el caso de controversia sobre los haberes de una sucesión o sociedad conyugal liquidada.

" Con respecto a la petición de herencia, acción consagrada por los artículos 1321 y siguientes del C.C., es de advertir que el 219 del judicial establece que en la demanda. " basta que en general se reclame los bienes del

finado, o la parte o cuota que corresponda al demandante "; de manera que para prosperidad de la acción no se necesita determinar los bienes pero si se desea el registro de la demanda, para sustraer del comercio los inmuebles que haya, si es indispensable determinarlos, porque de lo contrario el registro sería inoperante.

" 5. La que el demandante puede prescindir del registro de la demanda.

"Es de advertir que las demandas sobre inmuebles no se registraba sino cuando versaban sobre la propiedad. Por eso nunca se inscriben las de deslin de ni las de expropiación porque las primeras no persiguen sino la determinación o aclaración de líneas divisorias de los previos y las segundas la adquisición de una propiedad que no discute; pero como no conviene que el público ignore esa situación, para que quien piense celebrar un contrato sobre un inmueble afectado por una acción de esas, proceda a sabiendas, el nuevo código (art. 854 y 864) ordena el registro pero no para poner las cosas fuera del comercio, sino como medida simplemente informativa. Lo mismo ocurre con la demanda sobre servidumbre, a la cual se aplica el artículo 865, por mandato del 872 " (2).

El actual código de procedimiento civil fue consagrada en el artículo 690 numeral 1 y en el artículo 692; y podemos concluir diciendo que la anotación de la demanda es un proceso cautelar de tipo patrimonial que sin impedir la disponibilidad de los bienes que han de soportarlo, vincula a estos y a los terceros adquirientes a las resultas del proceso.

II. NATURALEZA JURIDICA DE LA ANOTACION CAUTELAR DE LA DEMANDA.

A) ES UN PROCESO CAUTELAR DE TIPO PATRIMONIAL

La anotación cautelar de la demanda constituye otro de los procesos cau

telares de tipo patrimonial que recae sobre bienes únicamente sujetos a registro; bien sea, muebles o inmuebles, este proceso cautelar supone una oficina estatal que ha de efectuar todas las anotaciones de demanda en los folios relativos a uno de los bienes cuyo control sobre propiedad se ha confiado. (3).

B) VINCULA A TERCEROS ADQUIRIENTES CON EFECTOS DE COSA JUZGADA.

La anotación de la demanda no impide la disponibilidad de los bienes que han de soportarla, y en esto se diferencia en nuestro medio del embargo; será válida la negociación efectuada sobre ellos, pero vinculada a los adquirientes como causahabientes de la parte demandada, dándole identidad jurídica de parte con esta.

Así pues, la anotación de la demanda produce efectos de cosa juzgada frente al adquirente, estos efectos están consagrados en el artículo 332 del C.P.C. así: " se entiende que hay identidad jurídica de partes, cuando las del segundo proceso son sucesoras mortir causa de las que figuran en el primero a causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda, si se trata de derechos sujetos a registro y al secuestro en los demás casos ".

" Verdaderamente, la anotación de demanda tiene como fin y fundamento la publicidad, es decir, lo que se llama protección de la fe pública registral. Pero al mismo tiempo, la anotación cumple otras funciones como son las de protección del posible derecho del demandante, la seguridad de las relaciones jurídicas y la efectividad de una futura resolución judicial (Cfr. Las Rr. de 4 de Noviembre de 1915, 4 de Julio de 1919, 21 de Diciembre de 1925, 29 de Octubre de 1946 y 6 de Julio de 1962). En definitiva, tiene una función de garantía. En esto no se diferencia de las demás medidas cautelares de nuestro ordenamiento " (4).

III. FUNDAMENTO DE LA ANOTACION CAUTELAR DE LA DEMANDA

El fundamento de la anotación preventiva de la demanda lo constituye el *periculum in mora*, por el peligro que amenaza la demora del proceso, habiendo tratado este punto en la parte general nos remitimos a ella. Sin embargo, este concepto " desde el punto de vista procesal, la anotación preventiva de la demanda tiene por regla general, el caracter de verdadera medida cautelar, otorgando por ello la protección jurídica propia de las medidas cautelares, como más adelante se verá. En estos casos, la anotación preventiva de demanda, es el medio idóneo para conjurar el periculum in mora, derivado de la necesaria duración temporal del proceso. La anotación preventiva de demanda, como medida cautelar, conjura este peligro asegurando la efectividad de la retroacción de los pronunciamientos de la sentencia correspondiente, esto es, determina anticipadamente los límites dentro de las cuales pueden ser desenvueltos retroactivamente los efectos de un fallo judicial ". (5)

IV. TIPOS DE ANOTACION CAUTELAR DE LA DEMANDA

En nuestro medio existen dos formas de inscripción o anotación de la demanda :

- (1) MONTES REYES, Amalia. La anotación Preventiva como Manifestación de la Justicia Preventiva. Sistema de Medidas Cautelares. Pamplona. Ed. Universidad de Navarra. 1974.
- (2) LATORRE, Luis Felipe. ob. cit. p. 18 y s.s.
- (3) MONTES REYES, Amalia. ob. cit. p. 227. La doctrina sigue confundiendo la ejecución anticipada de la sentencia con las cautelas y la anotación cautelar de la demanda no ha escapado a ello. Veamos: " Constituye, verdaderamente, una especie de ejecución anticipada, como toda medida cautelar. Del mismo modo que en todas las medidas cautelares, los conceptos de Seguridad y Justicia aparecen disociados. Es cierto que imponer trabas al derecho o a la persona del demandado, antes de que con la sentencia definitiva el órgano jurisdiccional declare el derecho del demandante, es injusto. Pero el demandante debe estar protegido y tener la seguridad de que cuando obtenga una resolución favorable, ésta pueda hacerse efectiva ".
- (4) Ibidem. p. 288.
- (5) RAMOS MENDEZ, Francisco. La Anotación Preventiva de la demanda. Bar delona.Bosch. p. 49. 1980

ANOTACION DE DEMANDA DE MERA PUBLICIDAD (1)

No todas las anotaciones de la demanda constituyen un proceso cautelar ya que no todos tienen como finalidad última el aseguramiento de los efectos que ha de producir la sentencia. Existen en nuestra legislación una serie de anotaciones de la demanda que pretende dar publicidad sobre la existencia o pendencia del proceso, con diversas formas que constituyen diversos grupos de anotaciones de tipo preventivo.

Es de anotar que la anotación preventiva de la demanda tiene diversos grados que constituye indudablemente medidas de tipo preventivo, pero no todas son cautelares, es decir, recordando la parte general de las cautelas para llegar a estas es necesario dar un paso más adelante de la preventividad; los grados a que nos referimos son tres :

I. PUBLICIDAD INFORMATIVA A NIVEL DE MERA NOTICIA

Es el grado mínimo de la anotación preventiva de la demanda, en los libros que llevan las entidades encargadas de tales actuaciones.

En nuestro sistema de registro inmobiliario, uno de los principios que la informan es el de la publicidad, es decir, que todas las personas, deben tener conocimiento de los asientos registrales, a fin de que el público pueda en

tenderse de la situación real y actual de un inmueble, posibilidad ésta consagrada en el artículo 57 del estatuto de registro de instrumentos públicos " los registradores expedirán copias fotostáticas de las tarjetas de los índices y certificaciones, con vista en ellas, a quienes se les solicite, y permitirán el examen de todos los elementos de su archivo, bajo vigilancia eficaz y siempre que con ello no se interfiera el servicio normal de la oficina " (2).

Por lo tanto, podemos establecer que todo asiento registral tiene este carácter, pero haciendo la salvedad que hizo el profesor FRANCISCO RAMOS MENDEZ (3) que no se trata de una simple información como si se tratara de una " noticia " periodística de la cual el director del periódico no garantiza la veracidad de la misma.

Los asientos registrales además del anterior está regido por el principio de la fe pública en el registro.

II. PUBLICIDAD PROTECTORA A NIVEL DE FE PUBLICA REGISTRAL (4).

La fe pública en los asientos registrales se deriva, al decir del profesor VALENCIA ZEA (5) del principio de la legalidad registral consistiendo esta en la presunción de que los derechos inscritos en favor de la persona que aparece adquiriéndolos, existan y en presumir que el derecho que aparece cancelado no exista. Presunciones consagradas en el artículo 756 C.C.; 43 y 44 del C. de R. de I.P. .

" Por ello, como lo enseñaba EDUARDO J. COUTURE " fe es, por definición, " la creencia que se dá a las cosas por la autoridad del que las dice o por la fama pública ". Etimológicamente deriva de fides; indirectamente del griego peittheic yo persuado.

" Pública quiere decir notoria, patente, manifiesta, que la ven o la saben todos. Etimológicamente, quiere decir " del pueblo "populicum.

" Fe pública vendría a ser, entonces, en el sentido literal de sus dos extremos, creencia notoria o manifiesta .

" Esa fe pública, pues, radica en todos los actos realizados por las diversas ramas del estado, que como ya se dijo, entonces, bien puede hablarse de fe pública jurisdiccional y fe pública administrativa o ejecutiva. Mención especial merece la llamada fe notarial, esto es, la creencia generalizada que se tiene de los actos realizados por el notario, persona que al igual que la noción del Estado ha sufrido transformaciones en cuanto a su función, poderes e investidura. Pero lo hoy existente es que incumbe al notario la documentación de los hechos y actos jurídicos regulados por el derecho privado, bien sea en virtud de la autenticación de los acontecimientos que él percate con los órganos de los sentidos, ya controlando o asegurando la juricidad de las relaciones obligacionales, y, en fin, impartiendoles certeza y autenticidad, como consecuencia de ser depositario de la fe pública que le ha confiado el estado " (6).

Para el caso de la anotación preventiva de la demanda una vez efectuado el asiento respectivo vincula con carácter de causahabientes a los terceros adquirientes de los bienes.

La fe pública indica que los adquirentes confían en el depósito público y que lo que no aparezca en él no puede oponérseles, so pretexto, de tener conocimiento; así las cosas, el registro de la demanda tiene los siguientes aspectos :

A) EFICACIA NEGATIVA.

El registro de la demanda ataca o enerva la fe pública registral, en el sentido de que un tercero adquiriente no puede alegar buena fe en su adquisición so pretexto de desconocer la situación del inmueble; como es sabido, en nuestro sistema, la buena fe se presume; por el contrario, debe probar la mala fé, pero el registro o anotación de la demanda invierte la situación, es decir, no puede oponerse la buena fe registral por el adquiriente posterior al registro, en su favor. " Esto es una característica general de las anotaciones preventivas, pues surten el efecto general de mantener las condiciones de efectividad de las situaciones jurídicas inmobiliarias existentes al tiempo de practicarse, o bien, según criterio de DIEZ PICAZO, enervan la eficacia de la fe pública registral en favor de los titulares de situaciones jurídicas que no son inscribibles. En este sentido es acertada la doctrina de la Dirección General que señala que la anotación preventiva de la demanda tiene por único objeto asegurar el cumplimiento de la sentencia ejecutoria, no respecto del actor o demandado o de sus universales sucesores, sino respecto de los terceros que hubieren adquirido e inscrito algún derecho durante la tramitación del pleito " (7).

B) NO PRODUCE EFECTOS POSITIVOS

Por el solo hecho de la anotación de la demanda no puede afirmarse que se ha mejorado o desmejorado el derecho o los derechos que aparecen inscritos; ni mucho menos constituyen una garantía en favor del demandante, ni le otorga facultades para enajenar o transmitir el derecho, solamente la anotación de la demanda está dirigida a la publicación del proceso y a prevenir las " posibles contingencias " que se puedan presentar frente a los bienes.

" Esto significa que no producen ninguno de los efectos positivos de las inscripciones, DIEZ PICAZO lo explica detenidamente : la anotación preven-

tiva no altera la naturaleza del derecho anotado, ni lo convierte en otro más fuerte; no constituye una forma especial de garantía, ni el anotante tiene el carácter de tercero hipotecario; el efecto legitimador no se produce: No se da la presunción de existencia y titularidad de los bienes anotados " (8).

C. NO IMPIDE EL TRAFICO JURIDICO DE BIENES

Con efecto fundamental de la anotación de la demanda es producir efectos de la cosa juzgada frente a los causahabientes del demandado por acto entre vivos con posterioridad al registro de la demanda.

En nuestro medio, esta cautela no saca los bienes del comercio humano, pudiendo el demandado enajenarlas, o gravarlos sin que el registrador se le impida efectuar la inscripción " Antes bien, armoniza el conflicto de intereses entre demandante, demandado y adquiriente de los bienes litigiosos. En particular, la anotación preventiva de la demanda frente a los actos dispositivos del demandado"(9).

CITAS 16

- (1) FUEYO LANERI, Fernando. Teoría General de los Registros. Buenos Aires. Astrea. 1982. p. 197. "El registro, cualquiera que sea, empieza por recoger y conservar y mas adelante, cuando es necesario, da a conocer, informa, divulga, publica y satisface necesidades, fines de variada especie y, en general su publicidad va mucho más allá de lo que sería suministrar información o conocimiento".
- (2) Decreto 1250 de 1970
- (3) RAMOS MENDEZ, Francisco ob. cit.
- (4) FUEYO LANERI, Fernando. ob. cit. p. 191. " El concepto de fe pública se asocia fácil y prontamente a la función notarial, y la verdad es que ninguna otra actividad relacionada con el derecho nos impulsa más a la fe pública que la realizada por el notario o escribano. Esta vinculación con el notariado conduce a definir la fe pública como " la calidad propia que la intervención notarial acuerda a los instrumentos expedidos en el ejercicio regular de esa función ".
- (5) VALENCIA ZEA, Arturo. ob. cit. t. II. p. 615
- (6) SUAREZ HERNANDEZ, Daniel. Proceso y Fe Pública. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. v. 1. No. 1. 1984 p. 7.
- (7) RAMOS MENDEZ, Francisco ob. cit.
- (8) Ibidem.
- (9) Ibidem.

ANOTACION DE DEMANDA DE TIPO CAUTELAR

Para que una anotación de la demanda pueda tener el carácter de cautelar debe llegar hasta su tercer nivel " Asegurar los efectos que han de producir las sentencias ".

Como hemos advertido, no todas las anotaciones de demanda tienen este carácter ya que algunos solo llegan a la publicidad informativa y otros avanzan hasta la publicidad protectora a nivel de fé pública registral.

Para que una anotación pueda ser considerada como cautelar, es necesario, que tenga como fin enervar el periculum in mora que corre el derecho por la demora del proceso y que si ésta no se toma, la sentencia podría verse en peligro de cumplimiento.

Así las cosas podemos decir que no constituyan proceso cautelar las siguientes anotaciones :

I. ANOTACIONES DE DEMANDA QUE NO CONSTITUYEN CAUTELAS.

A) ANOTACION DE LA DEMANDA DE INTERDICCION PROVISORIA.

De acuerdo con el artículo 536 del Código Civil, la anotación en la ofii

cina de registro de Instrumentos Públicos de la providencia que decreta la interdicción provisional del disipador no constituye una cautela. La función que la anotación persigue no es más que la publicidad de un estado de interdicción de una persona, a fin de que cualquier persona se abstenga de realizar negociaciones con la persona interdicta, toda vez que ha sido separado provisionalmente de la libre administración de sus bienes.

La publicidad de la interdicción provisional del disipador está establecida en la siguiente sentencia, no sin antes advertir que la falta de registro de ésta en nada puede influir en el fallo de interdicción definitiva: " Esos mismos principios, fundados en el significado sustancial diferente de los decretos provisorio y definitivo de interdicción por demencia, son aplicables también respecto del cumplimiento de los requisitos que establece el art. 526 del C.C. para la promulgación del entredicho, y que si bien se exigen allí para ambos, precisa advertir que el decreto de interdicción provisoria está condicionado siempre por la confirmación que alcance en el definitivo, pues si el fallo del juicio deniega la interdicción, la que provisionalmente se haya decretado en un incidente de él carece de todo valor y efecto. Aunque la doctrina y la jurisprudencia tiene aceptado que la omisión de los requisitos de publicidad del art. 536 no afectan ni detienen las consecuencias jurídicas de la incapacidad, porque en el dilema de no perjudicar los terceros que no hayan sido advertidos de la interdicción o dar al incapaz debida protección se ha preferido este último extremo como necesidad superior, es desde luego en referencia a los casos en que la publicidad omitida sea de una interdicción decretada en la sentencia proferida con observancia de las formas propias del juicio en el que se supone fue la demencia objeto de completa demostración probatoria, en ningún caso esta solución jurisprudencia con un decreto simplemente provisorio, sin base probatoria aceptable de la incapacidad " (1).

Es de anotar también que la ley no autorizó expresamente la aplicación de las medidas de publicidad del artículo 536 del C.C., para el caso de la interdicción del demente o sordomudo, pero como lo vimos en la anterior jurisprudencia se dijo que era aplicable dicha norma a estos casos.

El código de procedimiento civil de 1970, dispuso en el artículo 659 numeral 7 que los decretos de interdicción provisoria y definitiva del interdicto por demencia o sordomudez deberán inscribirse en el registro civil de nacimiento; esto quiere decir que ésta legislación no armoniza sus disposiciones con el código civil toda vez que para el caso de la disipación la anotación se efectuará en el registro inmobiliario respecto de los bienes del incapaz.

Pero no queda la menor duda que estas clases de anotaciones tienen un carácter de publicidad netamente informativa y con efectos a terceras personas; ya que no es posible pensar que algún interdicto se sustraerá al cumplimiento de la sentencia por falta de la anotación cautelar de la demanda.

Creemos que con base en la jurisprudencia transcrita que puede en la actualidad inscribirse la interdicción provisional, del demente o sordomudo en el registro de propiedad inmobiliaria.

B) ANOTACION DEL ESTADO DE QUIEBRA

Los concordatos preventivos y los celebrados dentro del proceso de quiebra y la declaración de quiebra deberán inscribirse en el registro mercantil; al igual que en los anteriores casos estas anotaciones no tienen otro carácter de publicidad; a fin de que terceras personas se enteren del estado de suspensión de pagos y no efectúen ninguna clase de transacción comercial con el concursado o quebrado (artículo 28 numeral 3o. del C. de Cio.).

Es de anotar, que la legislación española dispone de tres inscripciones o anotaciones para la declaratoria de quiebra, como son : en el registro de propiedad inmobiliaria (art. 42 de la Ley Hipotecaria); en el Registro Mercantil (art. 83 del Reglamento Mercantil), y en el Registro Civil (art. 46 de la Ley del Registro Civil)." Parece que de esta triple publicidad de la solicitud de quiebra, prevista por la Ley, debería deducirse una imperatividad plena de los principios de publicidad de los Registros Públicos. Operatividad que en materia de anotación preventiva significa ante todo un efecto negativo, como se sabe: la falta de anotación de la solicitud de quiebra exoneraría a terceros de la necesidad de conocer dicho estado, liberándoles así de las consecuencias de tal conocimiento. No estando reflejada en los Registros Públicos el estado de quiebra, los terceros deberían poder invocar la protección de la fe pública registral. Tal omisión no debería perjudicarles. Sin embargo, dadas las características del juicio de quiebra, dicha conclusión dista mucho de ser cierta " (2).

II. ANOTACIONES DE DEMANDA QUE CONSTITUYEN CAUTELAS.

A) ANOTACION CAUTELAR DE LA DEMANDA EN DONDE SE EJERCEN DERECHO REALES.

En los procesos ordinarios (Mayor, Menor y Mínima Cuantía) en donde se ejerzan derechos reales principales o verse sobre el dominio de bienes muebles o inmuebles puede solicitarse la anotación de la demanda.

El Código Civil, define el dominio en el art. así: " El dominio (se llama también propiedad) es del derecho real de una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, y ni siendo contra la Ley ni contra derecho ajeno ". Es decir, se discute en el proceso de derecho a usar, gozar y disponer de la cosa sobre la cual ha de recaer la anotación, sin importar si la

propiedad de esta desmembrada, pues en tales casos cuando se discutan tales derechos reales por separado, es procedente la mencionada anotación de la demanda.

" Son derechos reales principales los que hacen parte de una persona y subsisten por sí mismo ". (C.C. 665). Siendo el principal el de dominio el cual puede ejercer sobre el bien objeto de litigio ya absuelto o parcialmente o de modo limitado. Los derechos principales que se tienen en forma parcial o limitada sobre los bienes son la nuda propiedad, la propiedad fiduciaria, el usufructo el uso o habitación, la servidumbre y la comunidad " (3).

El proceso principal tiene indudablemente un fin específico; la restitución de los bienes. Por lo tanto para que la anotación de la demanda tenga un carácter cautelar deberá tratar de asegurar los efectos y la ejecución de la posible sentencia, no cabe duda que en estos casos la anotación cautelar pretende además de dar publicidad informativa y registral al proceso, asegurar los efectos que ha de producir la sentencia, es decir, con ello se eleva a un tercer nivel y el más importante y determinante del proceso cautelar de anotación preventiva. " Son derechos reales accesorios aquellos que se tienen sobre un bien ajeno y que constituyen simplemente una garantía para el acreedor, sin que aumenten su patrimonio. Tales son : la prenda, la hipoteca y el censo, sobre estos derechos no es necesario inscribir la demanda, porque ellos pasan con la propiedad a la cual acceden de modo que al cambiar el bien gravado de dueño el nuevo responde de la hipoteca, prenda o censo y se puede perseguir en su cabeza el bien que soporta el gravamen " (4).

B) ANOTACION CAUTELAR DE LA DEMANDA EN DONDE SE PIDE LA RESTITUCION DE BIENES DIRECTAMENTE O COMO CONSECUENCIA DE UNA PRETENSION DISTINTA.

El artículo 690 numeral 1, del código de procedimiento civil de 1970, amplió extraordinariamente la posibilidad de inscripción o anotación de la deman

da en los procesos ordinarios, respecto de la ley 105 de 1931, con sus modificaciones ley 38 de 1945 se disponía ; " artículo 740, Subrogado. Ley 38 de 1945 Artículo 1o.

" El artículo 740 de la ley 105 de 1931 quedará así : " En caso de que la demanda verse sobre dominio u otro derecho real principal constituido sobre un inmueble o sobre una universalidad de bienes en que haya inmuebles, el juez dará cumplimiento a lo prevenido en el artículo 42 de la Ley 57 de 1887. Transcurridos treinta días desde la notificación de la demand, el juez ordenará la cancelación del registro a que se refiere la Ley 57 de 1887 en su artículo 42, si durante dicho término el demandante no hubiere prestado caución suficiente para responder al demandado de los perjuicios que se le ocasionen con el registro de la demanda. La cuantía de la caución será fijada por el juez en el auto de aceptación de la demanda ".

Sin embargo encontramos en nuestra legislación las siguientes acciones personales en que puede anotarse la demanda :

a) Indemnización de perjuicios ocasionados al arrendatario. Siempre que el contrato de arrendamiento de un establecimiento de comercio no se ha renovado por las causales 2 y 3 del art. 528 del Código de Comercio, y no se diere cumplimiento al hecho que motivó la desocupación del local comercial procederá la indemnización de perjuicios por parte del propietario en favor del arrendatario; estas causales son; Artículo 518...1 ... 2... Cuando el propietario necesite los inmuebles para su propia habitación o para un establecimiento suyo destinado a una empresa sustancialmente distinta a la que tuviere el arrendatario, 3. Cuando el inmueble debe ser reconstruido o reparado con obras necesarias que no pueden ejecutarse sin la entrega o desocupación o demolido por su estado de ruina o para construcción de obra nueva ".

Cuando el propietario del local comercial no reconovó dicho contrato, de-

berá proceder a habitar el inmueble o a montar el establecimiento de comercio con una empresa totalmente distinta a la que tenía el inquilino, o a efectuar las reparaciones locativas, o la demolición del inmueble o la construcción de la obra nueva dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que el arrendatario hizo entrega del inmueble.

En caso contrario deberá dicho propietario indemnizar los perjuicios causados a sus inquilinos, y en caso de demandarse el respectivo proceso ordinario por dicha indemnización, el demandante podrá pedir la inscripción de la demanda en el folio de matrícula inmobiliaria que corresponde al local comercial a fin de que con ello asegure el pago del monto de los perjuicios, y sigue las reglas del registro de demandas como si el proceso versara sobre el dominio de inmuebles (arts. 522 de. C. de Cio. 690 No. 1 del C.P.C.).

b) Indemnización de perjuicios por accidente de tránsito. Traemos este punto a colación, ya que el código para tal efecto la autorizó y acorde con el criterio que hemos sostenido respecto a los automotores, este numeral 6 del art. 690 hasta la fecha ha quedado sin operancia, ya que a pesar de haber sido creada la Oficina de Registro de Automotores, por la Ley, esta no ha sido puesta en funcionamiento, es decir, los gobiernos que han transcurrido desde la creación de dicha entidad, no han cumplido la ley (decreto 2157 de 1970). Por lo tanto, si no existe oficina para registrar la demanda, no será posible hablar del decreto de la medida, ni de la caución para el levantamiento de la misma, ni del levantamiento por falta de la demanda ejecutiva para el pago de dichos perjuicios.

Es importante observar como la legislación española, ha dado lugar a anotaciones cautelares de la demanda para casos de acciones personales siempre que tenga lugar una trascendencia registral, primero con una norma bastante general (art. 42 No. 1 de la Ley Hipotecaria). " A ellas se refiere con carácter

general, por lo que respecta a bienes inmuebles, el artículo 42, 1o, de la LH, corroborado asimismo por el artículo 139 RH; " Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el registro correspondiente: Primero. El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real " (5). También es importante observar la siguiente jurisprudencia española en donde se expresan razones válidas de esta clase de presentaciones: " esta doctrina se refleja con mayor claridad si en el auto de la audiencia territorial de Cáceres de 11 de Octubre de 1956.

" En la actualidad ha sido ya superada la antigua doctrina de que sólo las demandas en las que ejercitan acciones reales eran susceptibles de anotación preventiva (sentencia de 12 de Octubre de 1874 refiriéndose, naturalmente, a la primitiva ley), siendo evidente que hoy día rige un más amplio criterio para la adopción de esta medida cautelar y de todas las medidas cautelares, pues de lo contrario implicaría hacer declaración de la Dirección General de los Registros de 13 de Febrero de 1929, reconoce, que puede adoptarse las demandas personales que tengan una vocación al derecho real como serían las de rescisión, resolución nulidad de testamento, etc.; y Morell distingue entre acciones personales que se basen en un derecho real, bastando que tenga cierta trascendencia o relieve real las acciones personales para que puedan ser anotadas " (6).

De otro lado la legislación española trae expresamente varios casos de anotación cautelar de la demanda; veamos la lista elaborada por el profesor RAMOS MENDEZ " de otro lado, nuestras leyes ofrecen abundantes ejemplos de acciones personales con vocación registral, previniendo expresamente la anotación preventiva de la demanda. En estos casos, como ya se ha señalado, puede acudir se tanto al artículo 42, 1o. como al 42, 10o., LH, para solicitar la anotación

preventiva. A título de ejemplo se pueden traer a colación los siguientes supuestos: - Anotación preventiva de demanda de revocación de donaciones por ingratitud (art. 649 C.C.) - Anotación preventiva de demanda de separación de bienes entre cónyuges (art. 1437 Cc) - Anotación preventiva de demanda en reclamación de la legítima (art. 15 LH y artículo 86 y 87, 3o., RH). Asimismo , para el derecho civil de Cataluña, artículo 140, 3o., de la compilación, Ley 40/1960 del 21 de Julio - Anotación preventiva de demanda en reclamación de la cuarta marital por la viuda catalana (art. 153, 3o. de la compilación-Ley 40/1960 de 21 de Julio) - Anotación preventiva de demanda de indemnización de perjuicios sobre bienes del registrador (art. 309 LH) - Anotación preventiva de demanda de impugnación de acuerdos sociales (art. 112 RRM) (7). Y para dar una cobertura total a esta clase de pretensiones, con una cautela eficaz para asegurar las decisiones; la jurisprudencia ha sido muy productiva en estos aspectos y ha establecido que la anotación cautelar de la demanda procede también:

" - Buena - prueba de cuanto se viene diciendo son las resoluciones jurisprudenciales y la Dirección General de los Registros, que han admitido en concreto la práctica de las siguientes anotaciones preventivas de demandas entre otras : - Anotación preventiva de demanda en que se pide la elevación a escritura pública de un contrato privado de compraventa de una finca - Anotación preventiva de demanda en que se ejercita la acción pauliana - Anotación preventiva de demanda en reclamación de un crédito refaccionario, aún estando terminadas las obras - Anotación preventiva de demanda del derecho de retorno arrendaticio que regula el artículo 15 RH - Anotación preventiva de demanda de cumplimiento de promesa de venta de una parte de una finca - Anotación preventiva de demanda de retracto legal de colindantes - Anotación preventiva de demanda en reivindicación de la propiedad de unas casas baratas - Anotación preventiva de demanda de nulidad de un contrato de compraventa de una finca e inscripciones practicadas - Anotación preventiva de demanda sobre cumplimiento de un contrato de préstamo hipotecario no inscrito - Anotación preventiva de demanda de retracto arrendati

cio rústico " (8).

En un proceso ordinario de rescisión por lesión enorme se anotó cautelarmente una demanda y posteriormente la cautela quedó levantada sin que aún hubiera notificado el auto admisorio de la demanda, el supuesto demandado aún no notificado procedió a enajenar el bien materia del litigio llegándose a una decisión con salvamento de voto y una sentencia aclaratoria, que deja mostrar dos puntos de discusión : a) Si en el proceso ordinario de lesión enorme es posible o no la anotación cautelar de la demanda; b) Si anotada la demanda y vuelta a levantar esta produce efectos de cosa juzgada frente a los adquirientes.

Creemos que el primer punto nos compete abordarlo aquí: dejando el segundo para el capítulo referente a los efectos de la anotación cautelar: Veamos :

La Corte Suprema en la decisión (9) que vamos a analizar, no resolvió el primer punto es decir, no se comprometió en establecer los lineamientos de la procedencia o improcedencia de la medida cautelar de anotación para los casos de rescisión por lesión enorme y simplemente dijo : " Independientemente de la legalidad o ilegalidad de esta medida cautelar ella tuvo el efecto indiscutible de hacer saber a la sociedad demanda que contra ella se estaba promoviendo un proceso rescisorio mediante demanda presentada por dicha señora (Rosa María Campo de Cabra) contra la sociedad " Predios y Ganados Ltda.)."

Así las cosas los Magistrados disidentes (Humberto Murcis Ballen y Alberto Ospina Botero) abordaron dicho aspecto de la siguiente manera : "
10. Hechas las precisiones anteriores, se tiene que para decidir el recurso era fundamental hacer una incursión en la naturaleza jurídica de la acción rescisoria

por lesión enorme, como quiera que se convierte sobre el carácter mixto o personal que pueda tener, tema que no abordó la decisión de la mayoría de la Corte pero respecto del cual el salvamento de voto quiere hacer las precisiones siguientes : Quienes se han matriculado en la primera posición, por cuanto le han señalado a la mencionada acción las características de ser personal y real, generalmente acuden al primer texto romano que se conoce como veneno de la institución de la lesión enorme, o sea, la Ley Segunda, que tiene forma de un rescripto atribuido a Dioclesiano y Maximiano, cuyo texto, que a la vez se tacha de haber sido interpolado, dice así: " si tú o tu padre hubiereis vendido a un precio menor una cosa de mayor precio, es equitativo o, que restituyendo tú el precio a los compradores, recobres el fundo mediante la autoridad del juez, o bien, si el comprador lo prefiere, recibas tú lo que falta para el precio justo. Parece ser el precio menor, si no se ha pagado ni la mitad del precio verdadero " (Rem majoris pretii si tu vel pater tuus minores pretu distraxerit humanum est, tu vel, pretium te restituyente emptoribus, fundum venditum recipias, autoritate intercedente judisciis vel, si emptor elegerit, quod deest justo pretio recipies, minus autem pretium esse videtur, si nec dimia pars veri pretii soluta sit). Se sostiene por los partidarios del criterio mixto que desde los albores de la rescisión por lesión enorme, ésta trae aparejado como efecto normal facultar al contratante que la padece, no sólo para pedir, mediante acción personal la rescisión de la conveción, sino además la restitución de la cosa, con lo cual en este punto es real. Por el contrario, la doctrina de la Corte, cuando específicamente ha abordado el tema, ha calificado de personal la rescisoria con apoyo en las aprehensiones siguientes: " ni la acción de nulidad, ni la rescisoria por lesión enorme, son acciones reales, sino personales, ya que no responden al hecho de ser titular de derecho real sobre la cosa. Otro asunto es que, en razón de regreso de las cosas a su estatuto anterior, en el caso de la primera, o de los efectos de la rescisión decretada a favor del

vendedor; el bien debe restituirse al demandante; mas no significa ello que se trate de acciones reales sino de consecuencias de la acción personal que no llegan a afectar la sustancia de esta " (Cas. civ., del 30 de Agosto de 1955, LXXXI, 79). No existe fundamento legal y doctrinario atendible para considerar la acción rescisoria por lesión enorme como una acción real, pues de asignarle este carácter se tendría igualmente que empezar por sostener en las acciones de nulidad, de simulación y resolutoria serían así mismo acciones in re o cuando menos mixta. No, todas las acciones antes aludidas, así traigan como consecuencia o efecto normal el regreso de las cosas al estado anterior, no pierden su categoría de acciones personales. Precisamente, sostiene JOSE J. GOMEZ que el " derecho a pedir la nulidad o la rescisión o la resolución de una venta de inmuebles, es siempre personal tanto en el código de Napoleón como en el nuestro. En ambas legislaciones se trata de un derecho personal, en el que cada extremo se llama acreedor y deudor a la vez ". Y luego agrega: " No es mixta la acción resolutoria, ni la de nulidad, ni la de simulación, que, desde luego, van encaminadas a volver las cosas a su estado anterior, y por lo mismo a recuperar los bienes que fueron materia del acto resoluble, nulo o anulable o simulado, aun cuando los bienes hayan pasado a manos de terceros. Tales acciones son personales; pero su ejercicio acarreará una consecuencia: la restitución de la cosa " (derecho civil . Bienes, Nos. 40 y 44). De este criterio participan otros comentadores civiles.

"Siendo personal y no real o mixta la acción rescisoria por lesión enorme, no procedía el registro de la demanda, según se desprende de la ley (art. 690 del C.P.C.). 11. Cabe observar que cuando la Corte, al decidir algún proceso contentivo de una pretensión de rescisión por lesión enorme aludió a la inscripción de la demanda decretada a petición del demandante, lo hizo en consideración a que se trataba de un acto del proceso que se cumplió sin controver-

sia de las partes ni en las instancias no el recurso de casación. De suerte que dicha referencia no implica ni ha implicado que se le señale a la acción rescisoria por lesión enorme una naturaleza distinta de la que tiene y ha afirmado la doctrina de la Corte. 12 . Viene de los dicho, que el Tribunal, al despachar favorablemente las súplicas de la demanda de rescisión por lesión enorme, sobre la consideración fundamental de no proceder la acción, por haber enajenado el predio la sociedad demanda con anterioridad a la notificación de la demanda y, además, por ser personal tal acción, no quebrantó las normas sustanciales indicadas en la censura. De suerte que la sentencia de ad quem no podría ser quebrada en casación ".

De esta manera creemos que se niega la procedencia de la cautela frente a la pretensión invocada; y que este es el error de los salvamentos de voto aún cuando se les debe reconocer el hecho de abordar el tema y no eludirlo como lo hizo la sentencia ¿ Por qué el error ?, porque el avance del C.P.C. (art. 690) respecto de la Ley 105 de 1931, era precisamente ampliar la cautela en una serie de situaciones que estaban desprotegidas, ya sean de tipo personal o real, pues creemos que esto es lo menos importante, será necesario reclamar la restitución de los bienes ya sea " directamente " o como consecuencia de una pretensión " distinta "; y que quizo decir la norma del artículo 690 numeral 1 cuando dijo: " directamente ": creemos que se trata de la restitución por el ejercicio del dominio u otro derecho real; y contrario sensu cuando se dijo " o como consecuencia de una pretensión distinta " se está refiriendo a la restitución derivada de otras pretensiones diferentes, desde luego de la de dominio o derecho real; esto es, de las demás; y entre las demás podemos mencionar las personales; pensar de otra forma como lo hace el salvamento de voto antes transcrito es decir, que la norma actual en nada avanzó respecto de la ley 105 de 1931 y que su mera redacción por lo menos en este aspecto, no modificó lo dicho artículo

690 numeral 1 lo que consideramos un error.

" Medidas cautelares. No es procedente la inscripción de la demanda como medida cautelar, cuando se persigue el reconocimiento de mejora.

" 1. El precisado numeral 1 del artículo 690 del C.P.C., autoriza como medida cautelar del proceso ordinario cuya demanda verse sobre dominio u otro derecho real principal constituido en bienes muebles o inmuebles, la inscripción de la demanda, a petición de parte, en cuanto a bienes sujetos a registro, dicha medida si bien no pone los bienes fuera de comercio, tiene por objeto vincular al eventual adquiriente a los efectos de fallo, que de tal suerte tendría para el carácter de cosa juzgada.

" Es lógico que sólo cuando se ejercite una acción real proceda la inscripción de la demanda con las consecuencias antes anotadas, pues en tal evento sería la cosa misma, independientemente de la persona que ostente la titularidad, del dominio de la que resultaría afectada en consecuencia del fallo que acogiera favorablemente la pretensión incoada. En cambio, cuando se ejercita una acción personal, la vinculación, obviamente es exclusivamente de persona a persona y en tal caso no tendría sentido alguno, por innecesaria, la medida cautelar de inscripción de la demanda, por no existir bien alguno destinado a servir de objeto de la obligación.

" 2. De acuerdo a lo anterior, fácil de deducir que cuando se persigue el reconocimiento y pago de mejoras plantadas en suelo ajeno no procede la inscripción de la demanda de la medida cautelar dentro del proceso ordinario por cuanto allá no se está ejercitando acción real alguna, sino la meramente personal para el pago de la indemnización que autoriza el artículo 739 del código

civil contra el dueño del terreno. Y no existe acción real, toda vez que el mejorista no reclama derecho alguno sobre el terreno, cuyo dominio por el contrario reconoce en cabeza del demandado. Ni puede alegar propiedad sobre las mejoras, ya que estas por el fenómeno de la acción vendría a ser del dueño del suelo (art. 713 , ibidem), la ley empero, para evitar un enriquecimiento injusto del propietario, ha impuesto a este, en el citado artículo 739 del código civil, la obligación de pagar el valor del edificio, plantación o sementera confiriendo a quien implantó las mejoras, en mero derecho de retención, cuando ellas fueren hechas a ciencia y paciencia del dueño del terreno (inciso final), además de la jurisprudencia traída a colación por el que cabe transcribir aquí, en apoyo de lo expuesto, otra vieja data, contenida en sentencia de 27 de Octubre de 1938, y que evidencia como ha sido constante, a través de los años, la doctrina de nuestro máximo tribunal en torno a este tópico:

" La acción real, lo mismo que el derecho real, es la que puede ejercer sin respeto a determinada persona. Es una acción absoluta, al paso que la persona es relativa, porque sólo puede hacerse valer contra la persona que contrajo la obligación correlativa. ALESSANDRI RODRIGUEZ comenta artículo 376 del C. C. chileno igual al 665 colombiano, estima que la numeración de los derechos reales, el dominio, el de herencia, los de usufructo, uso y habitación, es taxativa, la Corte ha dicho que esa enumeración no es exhaustiva pues deja producir otro como el riberanía, por ejemplo, y considera siguiendo la autoridad de plano, que en el derecho personal, existen sujetos pasivo, sujeto activo, y objeto y en cambio en el derecho real en donde nace la acción real sólo hay sujeto activo y cosa, objeto de la obligación. De manera que surgiendo solo una obligación personal pago de las mejoras a favor del que plantó en terreno ajeno la obligación no tiene carácter de real, porque las relaciones entre ellos no afectan la cosa en el mismo considerada, como en la prenda o en la hipoteca, sino que establecen una

vinculación relativa a ellos dos, pero no absoluta en la cual quedó comprometida o gravada la cosa.

" La doctrina de la corte ha sido invariable y de antigua data, sobre esta materia, y es la misma que se sostiene en este fallo. " El que construye un edificio en terreno ajeno no puede oponerse a que adquiera el dueño el terreno; el edificador carece de acción real y sólo puede ejercer la personal para el pago de la indemnización ". Dijo la corte en casación de 11 de Octubre de 1909. Se expresó así la Corte; " Quien ha sembrado en terreno ajeno no tiene contra el dueño de esta acción reivindicatoria de plantación (C.J. numero 1942 pag. 313).

" 3. La inscripción de la demanda inicialmente decretada por el juez de conocimiento no tenía en consecuencia asidero legal alguno, visto como en este proceso se hace uso solamente de la acción personal de pago de mejoras, y no de la real como supuesto de la medida prevee el numeral 1.- del artículo 690 del C.de P. Civil, por otra parte, el registro carecería en lo absoluto de toda utilidad, toda vez que aún en presencia de un eventual fallo condenatorio, la titularidad del dominio del bien no ha de experimentar modificación alguna. Fue en consecuencia acertada la decisión del juzgado de revocar en lo pertinente su acto de 3 de Diciembre de 1979, subsanado así el error inicial en que incurrió, lo que impone confirmar en su integridad la providencia apelada " (10).

C) ANOTACION DE DEMANDA CUANDO SE RECLAMA UNA UNIVERSALIDAD DE BIENES DE CUALQUIER NATURALEZA.

Inicialmente el artículo 740 del C.J. de 1931 no consagraba la anotación preventiva de la demanda para los casos en que el proceso versara sobre universalidades de bienes; y siguiendo los principios de taxatividad de las cautelas

esta fue negada por la jurisprudencia cuando le fue solicitada : " Tribunal de Bogotá: " la demanda sobre petición de herencia no puede inscribirse en el registro porque versa sobre una universalidad y el artículo 740 del C.J. exige que los derechos sobre que versa sean reales, principales, inmuebles y singulares. El indicar el actor los bienes de la herencia singularizados, no varían la naturaleza de la acción que se refiere a una universalidad " (11).

Al dictarse la ley 38 de 1945, con su artículo 10., se modificó el artículo 740 del C.J. de 1931 quedando así; " En caso de que la demanda verse sobre dominio u otro derecho real principal constituido sobre un inmueble o sobre una universalidad de bienes en que hayan inmuebles el juez dará cumplimiento a lo prevenido en el artículo 42 de la ley 57 de 1887 ".

Como podemos observar dicha ley autorizó la anotación de la demanda, cuando el proceso versa sobre una universalidad de bienes, pero limitándola al hecho de que existan inmuebles dentro de la universalidad de bienes, por lo tanto, no sobre todas las universalidades; sin embargo, se consideró muy beneficioso la aplicación de la medida por el profesor LUIS FELIPE LATORRE.

" En los casos en que la ley dota al juez de un poder discrecional de decisión es libre para determinar el objeto jurídico que corresponde al caso concreto. Por eso, autorizado para exigir una caución suficiente y para fijar su cuantía puede libremente determinar la cantidad que corresponda en cada oportunidad. Si la ley no faculta al juez para determinar la especie de caución no puede hacerlo legalmente, por cuanto su poder direccional exedería los límites previstos en la ley. Cuando la ley deja al prudente arbitrio del juez la calificación de suficiencia de una caución, y a ello limita aquel su actividad, no hay materia para la revisión del superior porque este no está autori

zado por texto alguno de la ley para sustituir con su prudencia la del interior. Desde el momento en que la ley no fija la cuantía de la caución, ni señala bases para hacerlo, sino que deja a libre apreciación del juez su determinación, la decisión que este tome a ese respecto no puede en ningún caso ser violatorio de la ley, y es sabido que los agravios que pueden enmendar el superior deben provenir de la violación de una norma legal " (auto, 23 de Febrero de 1953 XVII, núm, 161, 26). " Por virtud de la sustitución de los artículos 740 del C.J. y el 42 de la ley 57 de 1887. Por los artículos 1 y 2 de la ley 38 de 1945, al extenderse a las acciones que versen sobre derechos reales en universalidad de bienes en que haya inmuebles, la obligación del juez de ordenar la inscripción de la demanda en el registro, se hizo facultativo de quien, pretendiéndose heredero, pide la herencia a obtener con el auto admisorio de la demanda la respectiva orden judicial al registrador para que se tome aquella medida cautelar. Si el juez admite la demanda en que el pretendido hijo natural del de cujus adjudique la herencia, debe ordenar la inscripción de los inmuebles relacionados por el demandante. Y lo que el juez debe considerar para aceptar esa demanda reclama un sólo interés jurídico, el de ser hijo natural, del cual nace dos acciones simultáneas y cuya conexión es íntima. Separarlas en juicios diferentes es contrario a la economía procesal pues impondría al demandante dos pleitos para obtener en realidad, una declaración: la de ser hijo y por ende, heredero del causante " (auto de 4 de Junio de 1954, XVIII, numeral 164-165.3).

" Cuando se persiguen derechos reales sobre universalidad de bienes en que haya inmuebles (art. 740 del C.J. y 42 de la Ley 57 de 1887, tal como quedaron redactados en los artículos 1 y 2 de la ley 38 de 1945), procede siempre la inscripción de la demanda en el registro porque dichos textos no limitan dicha inscripción a la primera demanda. Puesto que el fin de cautelar los eventuales derechos del demandante no quedaría cumplido al limitar la inscripción a la demanda del primero, dejando sin amparo los de quienes se presentan con posterioridad en otros juicios (ya que cómo lo autoriza el ordinal 4o. del artículo 1521 del

C.C., el demandado puede disponer de los bienes inscritos en la demanda con permiso del juez, sin que los posteriores demandantes pudieran impedirlo de otro modo) hay que concluir que dicho fin cautelar no se obtiene sino aceptando la pluralidad de inscripción sobre los mismos bienes cuando hay pluralidad de demanas. Por eso no hay la pretendida analogía entre este caso y el del embargo ni puede aplicarse el artículo 1013 del C.J., exclusivamente relativo a éste " (12).

El código de procedimiento civil de 1970, dió aun mayor amplitud a la anotación de la demanda, en el sentido de hacerlo extensivo no solamente al caso en que exista bienes inmuebles sino a la existencia de bienes sujetos a registro o sea muebles o inmuebles que en últimas son los que pueden soportarla; también dando cabida a la universalidad de bienes de cualquier tipo o naturaleza que puedan existir.

CITAS 17

- (1) Sentencia 7 de Noviembre de 1945 LIX. 770
- (2) RAMOS MENDEZ, Francisco, ob. cit. p. 56
- (3) MORALES MOLINA, Hernando ob. cit. p. 341
- (4) Ibidem
- (5) RAMOS MENDEZ, Francisco. ob. cit. p. 67
- (6) Ibidem p. 68
- (7) Ibidem.
- (8) Ibidem. p. 70-71
- (9) Sentencia del 23 de Febrero de 1981. Proceso Ordinario de Rosa María Campo de Calero contra " Predios y Ganados Ltda. " Salvamento de voto de los doctores Alberto Ospina Botero y Humberto Murcia Balleen. Magistrado Ponente : Dr. Ricardo Uribe Holguín.
- (10) TRIBUNAL SUPERIOR DE MANIZALEZ. Marzo 22 de 1980. Pon. Nelson Zuñuaga Ramírez. Revista " Ley " No. 41 .
- (11) Auto 19 de Septiembre de 1939. VII. normas. 69, 71 y 106.
- (12) Auto 10 de Diciembre de 1960.

REQUISITOS DE LA ANOTACION CAUTELAR DE LA DEMANDA

I. SUBJETIVOS

En cuanto a los requisitos subjetivos tanto los relativos, al órgano jurisdiccional, como a las partes sigue las reglas generales del proceso cautelar al cual nos remitimos. Pero podemos hacer los siguientes comentarios : En la parte general establecimos el carácter jurisdiccional de los procesos cautelares pero al igual que en el embargo existe una excepción a dicho principio, pues en la anotación de la demanda también existe uno y se trata de la anotación cuando se inician las diligencias administrativas de expropiación." Ocurre, sin embargo, que a la época en que iniciaron las diligencias administrativas no existía norma alguna que le impusiera el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria la obligación de inscribir la providencia que iniciará aquellas actuaciones de donde no puede deducirle a la entidad ninguna clase de irregularidad en la tramitación, mas si bien ello es cierto, no lo es menos que al momento de dictar la resolución, ella debía ir dirigida contra el propietario del bien en ese instante; dictada contra quien ya no lo era , este no puede sufrir efectos contra quien adquirió de aquellos antes de pronunciarse la entidad expropiante. Para subsanar la irregularidad en que venía incurriendo el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria durante la tramitación de la expropiación, la Ley 4a. de 1973 modificó el texto del artículo 61 de la Ley 35 de 1961, agregándole al respecto del tema un párrafo del siguiente tenor :

" Para efectos de publicidad, la providencia que inicia las diligencias administrativas de adquisición de tierra y las que se dicten para establecer la existencia de pequeños arrendatarios y aparceros, serán inscritas en la oficina de registro de instrumentos públicos y privados correspondientes. Si verificada la inscripción el predio de que se trate fuera fraccionado, los nuevos propietarios tomarán la actuación administrativa en el estado en que se encuentre y ejerciendo el derecho de exclusión así como los pagos iniciales de las tierras que el instituto haya de adquirir, se harán con respecto a los nuevos propietarios en la proporción que corresponda a la fracción que hubiere adquirido . En estas condiciones, en el actual momento, cuando se puede registrar la primera providencia con que se inicia la actuación administrativa la resolución de expropiación puede dictarse contra quienes eran propietarios en ese instante y pueden hacerse valer contra los propietario adquirientes, pero dentro de la legislación vigente cuando se iniciaron las diligencias administrativas que culminaron la expropiación decretada en contra de los señores C.G.L. y L.O.G., por no poderse efectuar la inscripción en el registro la resolución de expropiación debía dictarse en contra de quien aparecieron como propietarios de la fecha de ella. Dictada en contra de quien no lo eran no puede tener valor contra quien exhibía la titularidad en este momento, es decir, el señor G.D.B. no contra su causahabiente como se pretende en este proceso " (1).

II. OBJETIVOS

Respecto de la posibilidad, idoneidad, y causa también sigue las reglas generales del proceso cautelar pero consideramos conveniente hacer ciertas puntualizaciones con referencia a la taxatividad y a la homogeneidad pero no identidad con la ejecución.

A) TAXATIVIDAD

Además de los casos establecidos para las pretensiones anteriormente enunciadas y que sigue el procedimiento ordinario nuestra ley tiene consagrada la anotación de la demanda en los siguientes casos, aclarando que no en todos ellos constituyen cautelas:

a) En el recurso de revisión. Auncuando este trámite no constituye un proceso sino un recurso extraordinario, fue autorizado el registro de la de manda de revisión, cuando el proceso al cual se le revisa su sentencia versa sobre el dominio, o cualquier derecho real principal directamente o como consecuencia de haberse invocado una pretensión distinta, o sobre una universalidad de bienes cualesquiera que sea su naturaleza, de bienes sujetos a registro, tráte se de bienes o inmuebles. Inicialmente el artículo 385 del C.P.C., había autorizado en su inciso 1 para el mismo caso, la suspensión de los efectos para la sentencia dictada en dicho proceso que ahora se revisa, es decir, el cumplimiento de dicha providencia, se postergará hasta tanto no se resolviera el recurso de revisión y el decreto de la medida estaba suspendida a la discresionalidad de la corte o tribunal que conociera el recurso. Este fue derogado por la Ley 22 de 1977 artículo 4o. A este respecto el profesor HUMBERTO MURCIA BALLEN dice: " medidas cautelares en el proceso de revisión. La Ley 105 de 1931 no autorizaba expresamente, en ninguna de las normas que reglamentaba el trámite del recurso de revisión medida preventiva alguna.

" Consideró por lo tanto el legislador de 1970 que el recurso carecía de significación práctica y, consecuente con tal criterio, estableció la posibilidad de que en dicho proceso se decretara las siguientes tres medidas cautelares:

a. La suspensión de los efectos pendientes en la sentencia impugnada; b. El registro de la demanda cuando versara sobre el dominio de inmuebles o derechos reales constituídos en este; c. El secuestro de bienes muebles. " El decreto de estas medidas no procedería en ningún caso de oficio sino a petición del reg

corriente, lo que podía hacer en la misma demanda mediante demanda la cual proponía el recurso, o en cualquier estado el trámite de este. Para ese efecto sólo se exigía que el peticionario prestara caución que garantizara los perjuicios que con las medidas se causaran a los recurridos o a los terceros. Se le permitió así a la revisión efecto eminentemente suspensivo, lo que trajo como consecuencia lógica que mientras el recurso se encontrara pendiente de trámite, no podía cumplirse el fallo recurrido, entonces, a lo que se le quitó significado práctico fue a la sentencia ejecutoriada, pues en todos los casos el recurrente se apresuraba a pedir la suspensión de los efectos del fallo, que la Corte o los tribunales no podrían denegar, por resultarles difícil determinar que el cumplimiento de la sentencia no causaría daños al recurrente " (2).

La suspensión de la ejecución de la sentencia trajo inconvenientes, pues antes que asegurar los efectos de la sentencia de revisión estaba dejando sin eficacia práctica al mismo proceso y se desnaturalizaba por la presencia del recurso de revisión, por ello, provocó su modificación legislativa cambiando la suspensión de la ejecución por la anotación preventiva de la demanda, al respecto nuestra doctrina dijo: " los inconvenientes que la reforma trajo prontamente se presumieron en evidencia; no podía, por tanto, cumplirse el fallo ejecutoriado, desde luego que el impugnante tenía en su alcance el arma suficientemente poderosa para impedirlo. La reforma de 1970, resultó así más perjudicial que provechosa, y como era innegable la necesidad de modificarla el legislador de 1977, mediante el artículo 4o. de la Ley 22 derogó el primer inciso de 385 del código de procedimiento civil, devolviéndole al recurso el efecto devolutivo que siempre tuvo, a la vez que dispuso expresamente que si la sentencia recurrida se encontraba pendiente de ejecución tenía que cumplirse en todo caso. De ello resuelta que hoy, dentro del proceso de revisión, únicamente cabe como medidas cautelares el registro de la demanda y el secuestro de bienes muebles, las cuales se piden, decretar y practicar en los términos del

artículo 690 ". (3).

En el primer congreso colombiano de derecho procesal celebrado en Bogotá, manifestó el profesor HERNANDO MORALES M., respecto de este punto lo siguiente: " Si la caución se acepta se solicita el expediente a la oficina de origen, pero si la sentencia estuviere pendiente de ejecución ante el mismo u otro juez o tribunal, o de cualquier secuencia ante el primero, así se traten de entregar, remate, participación, etc.. Sólo se remitirá previa expedición a costa del recurrente de copia de lo conducente, que señala el juez, para su cumplimiento o para que el proceso siga adelante, pues la revisión no impide que la sentencia recurrida, reciba ejecución, o sea que produce efecto devolutivo, pues de la Ley 22 de 1977, artículo 4o. no es pertinente que se suspenda su ejecución ya que se empleaba como un medio directo y torcido para evitar dicho cumplimiento. Si la copia no se compulsa oportunamente, el juez o tribunal respectivo declarará desierto el recurso de revisión por no haberse asumido la carga que comportaba la remisión del expediente. Cuando este se haya protocolizado, como ocurre con el proceso de sucesión, la división de bienes comunes etc. se ordena al notario expedir copia del expediente " (4).

Es de anotar que en el caso de arbitramento no es posible practicar cautelar pero en la revisión de un laudo arbitral se puede decretar y practicar medas cautelares de las ordenadas en el artículo 385 del C.P.C., pues el artículo 2022 del código de comercio dispone, que en el caso de la revisión de un laudo lo serán aplicables las normas, pertinentes consagradas en los artículos 385 del C.P.C. y como lo anotamos inicialmente este artículo disponen las cautelas en el caso de revisión.

b) En los procesos de quiebra. Siempre que dentro del proceso de quiebra se ejerciten las acciones de revocación y simulación de los actos de disposición

del fallido podrá anotarse la demanda cautelarmente. (art. 1969 del C. de Cio.) Este es uno de los casos raros del proceso dentro de otro proceso, toda vez que si estas acciones tuvieran su independencia procedimental habría que adelantarlos a través del proceso ordinario. Aquí en el proceso de quiebra a estas acciones se les dará el trámite de un incidente pero de todas maneras este incidente se iniciará con demanda común y corriente y procederá su anotación cautelar, esta anotación y lo relativo al recurso de revisión tiene un carácter eminentemente cautelar ya que persiguen directamente el aseguramiento del fallo definitivo.

c) En los procesos de expropiación, deslinde y amojonamiento, servidumbre y división de bienes comunes. El artículo 692 del C.P.C. autoriza la anotación de la demanda en los procesos antes mencionados pero es de anotar que esta clase de inscripción también constituye cautela, toda vez, que su finalidad es asegurar los efectos de una sentencia y además darle publicidad al proceso respectivo, y vinculado a los posibles adquirientes a los efectos del proceso.

B) HOMOGENEIDAD PERO NO IDENTIDAD CON LA EJECUCION

Respecto de este requisito objetivo debemos decir que para el caso de la interdicción, la anotación de la demanda no constituye cautela como lo afirmamos en su oportunidad toda vez que es este el requisito que no comparece en tal anotación.

El profesor FRANCISCO RAMOS MENDEZ, en su trabajo " Anotación Preventiva de la Demanda " lo colocó, creemos equivocadamente, como anotación de tipo cautelar. Dicho profesor partió de las dos tesis expuestas por los profesores CAMY SANCHEZ CANETE y LACRUZ SANCHO quienes explican la naturaleza de la sentencia de incapacitación; el primero de los nombrados expone así su criterio:

" Si la ejecutoria declara la incapacidad, dado que esta afecta a la capacidad del sujeto mismo, pero no a él en cuanto a la titularidad de un bien concreto, todo lo realizado por aquel desde el instante de la anotación quedará sin efecto y deberá ser cancelado " (5), es decir, que lo que se protege realmente es su patrimonio quedando inválidos todos los actos de disposición afectados por el incapaz después de la anotación. De otro lado la segunda tesis de LACRUZ SANCHEZ, se basa en el criterio constitutivo de la sentencia de incapacitación y con ello, lo que se pretende proteger es al incapaz, y de ahí le otorga a la anotación de la demanda una función meramente informativa; toda vez que los actos de disposición del incapaz, serán válidos en principio, pero podrán ser anulados con posterioridad; ya que la sentencia sólo declara a una persona en estado de interdicción pero en nada toca la validez de los contratos celebrados por el incapaz.

El profesor RAMOS suscribe la segunda tesis y de ahí deriva el carácter cautelar de estas anotaciones.

En el capítulo VI del trabajo intitulado " Anotación preventiva de Demanda como Medida Cautelar " examina las notas características de las medidas cautelares así: " 1o. Instrumentalidad; 2o. Temporalidad. 3o. Homogeneidad con las medidas ejecutivas ", pero al abordar el estudio de la tercera " característica " (para nosotros requisito objetivo) en la cita 112 dice : "Unicamente en las anotaciones preventivas de demanda de incapacidad puede someterse a crítica esta característica de homogeneidad con la ejecución. En efecto, en los procesos de incapacidad la sentencia no afecta para nada a la titularidad de los bienes del incapaz, las posibles transmisiones son en principio válidas, sin perjuicio de que se puedan impugnar individualmente. La protección de la anotación preventiva de demanda está en función precisamente de estas posibles impugnacio-

nes particulares ". (6). Esto es, contrariando la verdadera función de la cau
tela " Asegurar los efectos de la sentencia " y cambiándola por función de pro
tección a posibles procesos futuros. Suscribamos los criterios del profesor
RAMOS MENDEZ excepto en la ubicación de la anotación de la demanda de incapaci
dad en el cuadro de los procesos cautelares.

III. DE LA ACTIVIDAD

Respecto del Lugar, Tiempo y Forma sigue las reglas del proceso caute-
lar general al cual nos remitimos.

CITAS 18

- (1)
- (2) MURCIA BALLEEN, Humberto. El Recurso de Revisión Civil. Bogotá. Foro de la Justicia. 1981 p. 212
- (3) Ibidem.
- (4) MORALES MOLINA, Hernando. Estudios de Derecho Procesal. Bogotá. Ed. Rosario 1982. p. 227.
- (5) RAMOS MENDEZ, Francisco. ob. cit. p. 75
- (6) Ibidem.

PROCEDIMIENTO DE LA ANOTACION CAUTELAR DE LA DEMANDA

I. NACIMIENTO

A) PETICION DE ANOTACION

La petición de anotación cautelar de la demanda podrá efectuarse en el cuerpo de la demanda principal o por escrito separado con posterioridad sin que exista nada de especial con respecto del proceso cautelar general, solo que la petición deberá individualizar los bienes que han de soportar la cautela aun cuando se reclame una universalidad de bienes, toda vez que al registrador deberá identificársele plenamente los bienes respectivos. " El registro de la demanda que ordena hacer el juez que conoce el litigio determina para el registrador de instrumentos públicos y privados la prohibición de inscribir cualquier título de enajenación hecha por la parte demandada; y respecto de ella, se ha de considerar la especie en litigio (art. 42 de la Ley 95 de 1980) " (1).

Para esta cautela no se necesita juramento pero es importante observar lo relativo a la caución o contracautela.

B) CAUCION

La nueva regulación del Código de Procedimiento Civil Colombiano (decreto 1400/1970) no exige la caución para ser acordada la cautela de anotación cautelar de la demanda. En el proyecto de Código Judicial de 1923 la comisión

redactora, acogió el criterio de no exigir caución con estos argumentos: " Por virtud de estas disposiciones, el sagrado derecho de concurrir el Poder Judicial queda subordinado a una exigencia que no vacilamos en calificarla mezquina, inspirada sólo en un celo excesivo en favor de los intereses de la parte demandada, a quien se quiere asegurar a todo trance contra la simple posibilidad de que la acción deducida sea del todo infundada o temeraria. El caso de una demanda de esta clase es raro, o al menos frecuente, y el perjuicio que con ella se puede causar no es de tanta monta como el que puede seguirse al demandante, si por no hallarse en capacidad de consignar una suma o de conseguir un fiador, quedan cerradas para él las puertas de la Justicia " (2).

En la Ley 105 de 1931 no se impone la obligación de prestar caución, pero la reforma al artículo 740 por la Ley 38 de 1945, en su inciso 2o. la implantó. " Transcurridos treinta días desde la notificación de la demanda, el juez ordenará la cancelación del registro a que se refiere la Ley 57 de 1887 en su artículo 42, si durante dicho término el demandante no hubiere prestado caución suficiente para responder al demandado. La cuantía de la caución será fijada por el juez en el auto de aceptación de la demanda " . " El precepto del artículo 42 de la Ley 57 de 1887, modificado hoy según el texto del art. 2o. de la Ley 38 de 1945, solo tiene sentido y aplicabilidad partiendo de la exactitud de la demanda respecto de la cosa sobre cuyo dominio se litiguen; la dicha norma exige " el nombre de la propiedad inmuebles, su situación y linderos ", porque sólo mediante el registro de esos particulares puede quedar fuera del comercio una determinada finca, con exclusión de otra cualquiera, y como la orden judicial que tal artículo contempla ha de librarse es " en el mismo auto en que acepta la demanda ", síguese que es en el libelo, y no en otra cualquiera de las actas procesales, en la que ha de contenerse la descripción completa del inmueble respectivo " (sent. 15 Julio 1949, LXVI, 342)" (3).

" En los casos que la Ley dota al juez de un poder discrecional de de cisión es libre para determinar el objeto jurídico que corresponde al caso con creto. Por eso, autorizado para exigir una caución suficiente y para fijar su cuantía, puede libremente determinar la cantidad que corresponda en cada oportunidad. Si la Ley no faculta al juez para determinar la especie de caución no puede hacerlo legalmente, por cuanto su poder discrecional excedería los lí mites previstos en la Ley. Cuando la Ley deja al prudente arbitrio del juez la calificación de suficiencia de una caución, y a ello limita aquel su activi dad, no hay materia para hacerlo, sino que deja a la libre apreciación del juez su determinación, la decisión que este tome a ese respecto no puede en ningún caso ser violatoria de la Ley, y es sabido que los agravios que pueden enmen- dar el superior deben provenir de la violación de una norma legal " (4).

Así las cosas, el sistema fue abolido en el mismo Código de Procedimien- to Civil; pero en la anterior legislación estaba muy justificada tal exigencia, toda vez que la anotación de la demanda sacaba los bienes del comercio humano e impedía efectuar cualquier anotación de actos de disposición del demandado.

" Art. 43. El Registrador de Instrumentos Públicos no registrará escri tura alguna de enajenación, ni anotará escritura en que se constituya hipoteca cuando en el Libro de Registro de Autos de Embargo, ó en el Registro de Deman- das Civiles, aparezca registrado, bien el auto que ordena el embargo de la fin- ca que se quiere enajenar o hipotecar, o bien la demanda civil de que se ha ha blado " (5).

Sin embargo, la comisión redactora de 1923 dió como razones para no exigir la caución de imposibilidad y dificultad de prestarlas.

Podemos considerar muy válidos los criterios expuestos por la comisión para no exigir la caución y también muy válidos los de la Ley 38 de 1945. Pero en la actualidad consideramos que el punto debe ser observado desde otro enfoque. Si bien es cierto que en la actualidad la anotación de la demanda no impide inscribir los actos de disposición del demandado y que jurídicamente ellos se encuentran en el comercio humano; en la práctica observamos que no es así; toda vez, que los posibles adquirientes miran con malos ojos dicha anotación y no se aventuran a adquirir bienes que soportan esta cautela a no ser que pretendan comprar también el pleito para hacersen cargo de él. Por ello consideramos necesario reimplantar el sistema de exigencia de caución para la anotación cautelar de la demanda, a fin de garantizar los perjuicios que se puedan causar con ella. Además no es aceptable hoy el criterio de la comisión de 1923, toda vez que en la actualidad, es muy fácil obtener el monto de una caución con el sistema de pólizas judiciales.

Es también necesario aclarar que la exigencia de caución no puede ser generalizada sino limitada a los casos de anotación cautelar, es decir, las anotaciones de mera publicidad informativa no puede exigírseles caución, como por ejemplo el caso del proceso de quiebra o de incapacitaciones. Con estos criterios se mueve la legislación española veamos el concepto del profesor RAMOS MENDEZ " los niveles de exigencia de este presupuesto en materia de anotación preventiva de demanda son diversos, según las hipótesis: No es exigible la prestación de fianza en la anotación preventiva de demanda con fines de mera publicidad. En concreto no es exigible en las anotaciones de procedimiento del Registro Civil, en concursos, quiebras y suspensiones de pagos. Ya se ha señalado que en estos casos la publicidad del procedimiento se decreta de oficio, sin necesidad de solicitud de parte.

" En las anotaciones preventivas de demanda de naturaleza cautelar, so llicitadas al amparo del art. 42, 1o. de la LH, es exigibles el ofrecimiento de " indemnizar los perjuicios que de ella puedan seguirse al demandado en caso de ser absuelto, a cuyo efecto el juez podrá exigir la caución que estime adecuada " (art. 139 RH.) (5) Ley 57 de 1887, modificada por el artículo 2o. de la Ley 38 de 1945.

" Lo mismo ocurre en materia de anotación preventiva de demanda del art. 35 RHM: El demandante puede pedir anotación preventiva " ofreciendo indem nizar los perjuicios de que esta puede seguirse al demandado en caso de ser absuelto, a cuyo efecto el Juez exigirá la caución que estime adecuada .

"Es preceptiva asimismo la caución adecuada a los posibles perjuicios en la anotación preventiva de demanda de impugnación de acuerdos sociales (art. 112 RRM).

" Se observa, en resumen, una corriente legislativa favorable a la exi gencia de fianza para la concesión de la anotación preventiva de demanda, cuando esta tiene carácter cautelar ." (6).

II. DESARROLLO DE LA ANOTACION CAUTELAR DE LA DEMANDA

El desarrollo lo constituye la práctica o ejecución de las cautelas, que también sigue las reglas generales del proceso cautelar, pero advirtiéndose que su ejecución sólo es posible por el sistema de anotación, ya que no es posible hablar de otra forma. Por lo tanto, es necesario puntualizar los siguientes as pectos.

A) EXISTENCIA DE UN REGISTRO PUBLICO

Es básico para hablar de anotación de la demanda, la existencia de los registros públicos; primero en donde se pueda registrar y segundo en donde el público pueda consultarlos. En nuestro medio contamos con las oficinas de registro de instrumentos públicos, que se rige por el decreto 1250 de 1970, encargada de llevar los folios reales de la propiedad inmobiliaria, también existe el registro mercantil, que lo llevan las respectivas Cámaras de Comercio, lo mismo que las Capitanías de Puerto en donde se lleva el registro de las naves; el Registro Aeronáutico Nacional en donde se lleva el registro de aeronaves y el registro civil, en donde se lleva todo lo relativo al estado civil, de las personas que se rige por el decreto 1260 de 1970 " Los Registros forman parte de la compleja organización del tráfico jurídico asumiendo un cometido de publicidad a diversos niveles, según cual sea la situación jurídica publicada. Estos organismos dan constancia de las diversas situaciones jurídicas en que se pueden encontrar las personas o los bienes de que estas son titulares, esto es, acogen en su interior diversas situaciones referidas a la vida de un mismo derecho y sus vicisitudes a lo largo de la misma. En ocasiones, la inscripción registral es presupuesto incluso de la propia existencia del derecho; en otros casos, es una posibilidad que ofrece el sistema jurídico a los interesados para informar acerca de sus circunstancias personales, de las de sus bienes o negocios " (7).

B) UN OFICIO DIRIGIDO AL REGISTRADOR

Para el registro de la demanda, deberá el juez ordenar se libre respectivo oficio a la entidad correspondiente que lleva el registro del bien que va a soportar la medida. Nótese que esta providencia también se puede comunicar telegráficamente (arts. 33 en concordancia con el 2o. del decreto 1250 de 1970) (Ver comunicación telegráfica para el embargo).

a) Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. Al registrador de ins

trumentos públicos se le libraré oficio a fin de que registre la demanda cuando se trata de inmuebles, el cual deberá contener, clase de medida a inscribir, la dirección, nombre, ubicación, linderos y número de matrícula inmobiliaria lo mismo que la oficina de registro en donde está matriculado el inmueble.

b) Capitanía de Puerto. A la respectiva capitanía de puerto se dirigen los oficios también deberá contener los datos específicos con los que se identifica la nave y la indicación de los datos referentes a la matrícula de la misma (Art. 1441 del C. de Comercio).

c) Oficina de Registro Aeronáutico Nacional. Allí se registrarán las demandas que versen sobre el dominio y demás derechos reales principales etc. Constituidos sobre aeronaves, pues esta es la entidad encargada puede llevar el mencionado registro; también deberá contener dicho oficio datos con los que se identifica las mencionadas aeronaves lo mismo que las referentes a su matrícula (Art. 1792 del C. de Comercio).

d) Oficina de Registro de Automotores. Como lo mencionamos anteriormente, esta oficina a pesar de haber sido creada por la Ley (Decreto 2157 de 1970). no entró en vigor ya que esta oficina nunca ha sido puesta en funcionamiento, por lo tanto, si no existe materialmente la oficina no es posible ninguna clase de registro que la misma ley autorizó para tal caso, asimismo no ha dictado ninguna ley que disponga que las funciones de la Oficina de Registro de Automotores las ejercerá otra entidad ni temporal ni definitivamente; por ello consideramos que al no existir dicha oficina, la tradición sobre automotores se efectuará como lo dispone la ley sustancial para los muebles y quedan sin vigencia por sustracción de material, las normas pertinentes a inscripción de demanda cuando verse el dominio o cualquier derecho real principal constituí

do o sobre un automotor directamente o como consecuencia de una pretensión distinta ni tampoco de registro de la demanda para los casos de indemnización de perjuicios ocasionados a muebles, inmuebles o personas por accidente de tránsito, por lo tanto, cuando se trate de procesos en que es posible tal medida, exceptuándose la indemnización por accidente de tránsito habrá de dársele estricta aplicación a las normas pertinentes sobre muebles no sujetos a registro es decir, es procedente su secuestro al tenor del artículo 690 numeral 1 literal b.

III. TERMINACION DE LA CAUTELA DE ANOTACION DE LA DEMANDA

A) TERMINACION NORMAL

El proceso cautelar de anotación de demanda terminará al igual que el proceso cautelar en general al cual nos remitimos.

B) TERMINACION ANORMAL

A la anotación de la demanda le son aplicables las siguientes terminaciones anormales estudiadas en la parte general.

Sin embargo podemos hacer algunos comentarios sobre las siguientes formas anormales de terminación :

a) Por falta de notificación oportuna del auto admisorio de la demanda.

Si han transcurrido tres meses a partir del decreto de la medida del registro de la demanda y no se ha notificado el auto admisorio a todos los demandados ni hechas las publicaciones para su emplazamiento podrá pedírsele al Juez proceda al levantamiento de dicho registro y este puede ordenarlo aún de oficio (art. 690 numeral 4 del C.P.C.).

b) Por inactividad del demandante, Cuando el demandante no promueve actuación alguna durante seis meses y no siendo procedente la perención para procesos como los divisorios no se puede decretar el levantamiento de la medida de registro de la demanda. Nótese que en el art. 346 del C.P.C., inciso 5, dispuso que para el proceso de División de bienes comunes y deslinde no le es aplicable las normas del art. 346, tampoco para el caso de la inactividad por causa distinta a la suspensión podrá decretarse. Frente a este artículo 346 del C.P.C. podemos hacer las siguientes aclaraciones ; Si se trata de procesos divisorios de procesos comunes de deslinde y de amojonamiento y de expropiación no le son aplicables las normas pertinentes a la perención. Tampoco se puede pedir el levantamiento de la medida de registro de la demanda en esta clase de procesos porque como lo advierte el artículo 346 del inciso 5, en los procesos en que no es posible la perención podrá decretarse el desembargo de los bienes trabados cuando aquel sea de ejecución, por lo tanto, la norma sólo autorizó el levantamiento de la medida cautelar del embargo únicamente para los ejecutivos. Por ello no compartimos la manifestación del profesor EDUARDO GARCIA SARMIENTO, respecto de que en tales procesos cabe el levantamiento de la medida de registro de demanda (8), pues no podemos interpretar la norma diciendo que cuando habla de desembargo quiso hablar del levantamiento del registro de la demanda, y que cuando habló de procesos de ejecución quiso también referirse a los divisorios y de deslinde y amojonamiento. Para el caso de los procesos de servidumbres, a estos los cobija la perención por lo tanto, a ellos se les levantará el registro de la demanda cuando se den los presupuestos de ella.

Respecto de la prestación de la caución para el levantamiento del registro de la demanda y la no ejecución de la sentencia condenatoria en los casos de indemnización de perjuicios ocasionados a muebles o inmuebles o personas en accidentes de tránsito y que dá cuenta el artículo 690 numeral 6 quedó sin ope-

rancia puesto que si no existe oficina en donde registrar la demanda por las razones anotadas en el literal d. del estudio anterior, pues lógico es que no habrá posibilidades de levantar dicha inscripción.

CITAS 19

- (1) Casación. 18 de Diciembre. 1935. XLIII. 529
- (2) Comisión Revisoria del Código Judicial en 1925.
- (3) Sentencia 15 de Julio . 1949. LXVI. 342
- (4) Auto 23 de Febrero de 1953. XVIII, núm. 164.26 .
- (5) Ley 57 de 1887. Modificada por el artículo 2o. de la Ley 38 de 1945.
- (6) RAMOS MENDEZ, Francisco. ob. cit. p. 131.
- (7) Ibidem. p. 14
- (8) GARCIA SARMIENTO, Eduardo. ob. cit. p. 141

EFECTOS DE LA ANOTACION CAUTELAR DE LA DEMANDA

I. EFECTOS DIRECTOS

Los efectos directos que produce el proceso cautelar de anotación de la demanda, además de los generales y asegurar los efectos de la sentencia podemos establecer lo siguiente :

A) NO SACA LOS BIENES DEL COMERCIO HUMANO

Consideramos que se trata de un efecto directo de carácter negativo que produce la anotación de la demanda, es decir, por el hecho de la anotación no se impide el tráfico jurídico de los bienes que lo soportan.

Este efecto se le dió a partir del decreto 1400 de 1970 (Código de Procedimiento Civil) toda vez que en el anterior sistema el efecto era de carácter positivo y drástico " sacar los bienes del comercio " y sancionando con nulidad absoluta por objeto ilícito, todos los efectos de enajenación y gravamen de disposición del demandado y con ello, practicamente se llegaba a una confución aún cuando no total con el embargo; y decimos que no total porque la realización final del embargo está encaminada a una enajenación forzada de los bienes que lo soportan para cumplir la sentencia, mientras que la anotación cautelar de la demanda lo que permite es la anotación del resultado de la sentencia, sin influencia de otros registros.

B) PRODUCE EFECTOS DE COSA JUZGADA FRENTE A ADQUIRIENTES

De acuerdo con la nueva legislación la anotación preventiva de la demanda vincula como causahabientes de la parte demandada con la existencia de identidad jurídica de los terceros adquirientes de los bienes.

Es necesario hacer un estudio detenido de algunos aspectos que van a dar claridad a estos efectos.

C) EXITO DE LA PRETENSION

Para que podamos hablar de efectos jurídicos que produce la anotación de la demanda frente a terceros es necesario que la pretensión incoada en la demanda que fue anotada prospere. Se trata de una condición de todas las cautelas, pues están a la espera de una sentencia que ha de darle la razón al demandante. " En general, la operatividad de esta medida cautelar está supeditada al éxito de la demanda. Por ello cuando el demandado resulte absuelto la anotación preventiva de demanda queda sin efecto" (1). El éxito de la pretensión es fundamental en los efectos que ha de producir la anotación toda vez que la provisionalidad, característica de los procesos cautelares hace que esta anotación esté a la espera de su ratificación por el registro de la sentencia condenatoria; y en caso contrario no se registrará la sentencia absolutoria y dará firmeza a los registros efectuados con posterioridad a la anotación de la demanda, una vez lle-
gue el oficio de levantamiento de la cautela a la oficina de registro correspon-
diente.

Pero, los efectos importantes de observar serán frente a los actos de disposición del demandado si la pretensión prospera y entre ellos podemos obser-
var.

D) EFICACIA DE REGISTROS ANTERIORES A LA ANOTACION DE LA DEMANDA

De acuerdo con nuestra legislación existe una norma que determina los efectos que ha de producir la anotación de la demanda; se trata del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil que considera como causahabiente de la parte enajenante a los adquirientes por acto entre vivos con posterioridad al registro de la demanda; existía un artículo en el Código Civil que disponía: " artículo 2674 ningún título sujeto al registro surte efecto legal respecto de terceros sino desde la fecha de la inscripción o registro ". Dicha norma fue derogada ex presamente por el artículo 96 del decreto 1250 de 1970, y son base en dicho artí culo derogado la jurisprudencia así se pronunció: " El principio de la retroactivi dad del registro solo es inoponible a terceros, respecto de los cuales ningún título sujeto a registro surte efecto legal sino desde la fecha de su inscrip - ción " (2).

" Como se deduce de la recta interpretación del artículo 2674 del C.C., las sentencias dictadas en negocios civiles determinan la vinculación de las par tes en el juicio aún antes de ser registradas, aunque sin esa formalidad no pro duce efectos contra terceros " (3)'

Es de anotar que el decreto 1250 de 1970 no dijo nada al respecto, es decir, solo se limitó a derogar la norma y en el artículo 332 del C.P.C., se pue de establecer que está vigente el mismo sistema; y se puede reforzar lo dicho con el principio de la fe pública de registro que parte de la buena fe en los ad quirientes; al respecto dice el profesor VALENCIA ZEA: la ^buena fe indica simple mente que el adquiriente haya confiado en el registro y no haya tenido medios pa ra informarse de la inexactitud del mismo o de las posibles acciones en virtud de las cuales semejante registro pudiera dar lugar a una cancelación en el futu ro. Esta buena fe se presume; por lo tanto, la ausencia de buena fe debe probarar

se. Situaciones jurídicas no anunciadas en el registro, si posteriormente a la inscripción se prueba ante la justicia la existencia de determinada situación de derecho que contradice lo anunciado en el registro, o lo invalida, la sentencia que se profiera puede oponerse al otro contratante, pero no al tercero de buena fe que haya derivado un derecho de la inscripción " (4). A este capítulo expone el profesor RAMOS MENDEZ lo siguiente: " En este capítulo se puede fijar una regla general que agotas las posibilidades: los asientos anteriores a la anotación preventiva de la demanda permanecen inalterados, salvo que precisamente se pida la rectificación del registro. Ello es consecuencia lógica de la propiedad mecánica de la anotación preventiva de la demanda. El asiento sobre el que se apoya la anotación normalmente permanece inalterado, porque la publicidad protectora de la anotación preventiva frente a terceros se despliega sobre la base de la vigencia de dicho asiento. Unicamente, cuando la demanda del pleito se convierte dicho asiento en res litigiosa, como consecuencia del ejercicio de una acción encaminada a modificarlo, cancelarlo, resultará afectado en el período de ejecución de la sentencia, a tenor de los pronunciamientos de efectuados por la misma " (5).

E) EFICACIA DE REGISTROS POSTERIORES DE ACTOS CELEBRADOS CON ANTERIORIDAD A LA ANOTACION CAUTELAR DE LA DEMANDA

Este es uno de los problemas a que pueden dar lugar la anotación cautelar de la demanda frente a actos celebrados con anterioridad a la anotación de la demanda pero registrados con posterioridad. Entonces surge la pregunta : ¿ Vincula o nó la anotación cautelar de la demanda, como causahabientes del demandado a los adquirientes que celebran actos jurídicos con anterioridad a la anotación pero registrados después ?. Esta pregunta no solo la planteamos nosotros sino que la traemos a la legislación española con el fin de observar las vicisitudes de este punto y para buscarle una solución de acuerdo con nuestra legislación.

El Tribunal Superior Español decidió así un caso de estos " la anotación preventiva de una demanda no constituye título traslativo de derecho alguno, sino solamente una garantía registral de la situación jurídica existente al ser registrada, por lo que, según tiene declarado una jurisprudencia reiterada, con interpretación de los artículos 42, 44, 70 y 71 de la ley expresada no produce efectos contra los terceros cuyo derecho sea anterior a la anotación, aunque no hayan sido registrados antes de ella " (6).

Con esta interpretación y apoyándonos en el comentario expuesto por el profesor FRANCISCO RAMOS MENDEZ, se ha limitado el alcance del proceso cautelar de anotación de demanda y no se ha respetado al máximo el principio de publicidad y buena fe registral " tal vez la razón de fondo sea que el legislador al margen del registro y tan solo en contadas ocasiones es preceptiva la inscripción registral como condición de la existencia del derecho. Ello ha conducido en estos supuestos a recortar los efectos de la vida extraregistral de los derechos, pero las consecuencias no son alagueñas " (7). Por lo tanto, podemos establecer los siguientes aspectos, básicos para una solución en nuestro medio.

Consideramos que es necesario hacer un planteamiento del problema, centrándolo en la eficacia de la anotación cautelar de la demanda frente al principio de la buena fe registral y la creencia del público en el registro.

Debemos antes que todo examinar las normas legales para plantear también su suficiencia o insuficiencia. El artículo 2664 del Código Civil disponía " ningún título sujeto al registro surte efecto legal respecto de terceros, sino desde la fecha de inscripción o registro ". Como hemos dicho anteriormente este artículo fue derogado por el Decreto 1250 de 1970 ¿Cuál fue la razón? ¿Considera el legislador que los títulos sujetos a registro no lo es necesario el registro para su " efecto legal " frente a terceros?. Así las cosas con

dicho artículo no quedaba la menor duda en considerar que por los actos celebrados con anterioridad a la anotación de la demanda pero registrados después, estaban sometidos por la anotación cautelar, toda vez que el acto jurídico por sí solo no produjera efectos frente a terceros sino a partir de su anotación o registro.

Al quedar derogado el artículo 2674 del C.C. por el decreto 1250 de 1970 y al entrar en vigencia el Código de Procedimiento Civil a partir del 1o. de Julio de 1971 la situación se modificó de la siguiente manera : " el artículo 332 del C.P.C., estableció : " ... O causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad, al registro de la demanda,... " esto nos indica dos cosas a. Que derogado el artículo 2674 del Código Civil ya no se puede pensar en que los títulos sujetos a registro surten efecto a partir de su registro sino de su celebración ya que si no es así ¿ Entonces para qué lo deroga el legislador ? b. De otro lado, el artículo 332 del C.P.C., dispuso que el proceso surtirá efectos contra terceros cuando el acto sea celebrado con posterioridad a la anotación cautelar de la demanda, es decir, que cuando son celebrados con anterioridad y registrados con posterioridad no surtirá ese efecto previsto por la Ley,

Lo anterior nos lleva a la conclusión a que llegó el Tribunal Supremo Español en la jurisprudencia anteriormente anotada y a las consideraciones establecidas por el profesor RAMON MENDEZ; en el sentido de no surtir efectos la anotación cautelar de la demanda frente a títulos anteriores a la anotación y registros después, es decir, se ha protegido la fe pública en el registro toda vez que si una persona en el momento de celebrar una escritura pública encuentra el bien libre de anotaciones no se le puede exigir que conozca de procesos iniciados o por iniciar. Por lo tanto el tercero adquirente ha confiado plenamente en lo que el certificado del registro dice, y por ello debe ser protegido. Pero consi

deramos además que esta interpretación no puede utilizarse para el fraude o que una persona alegue en su favor la negligencia o torpeza para desvirtuar las cautelas; cuestión esta que se ha puesto de moda en nuestro medio; el adquirente deberá actuar con diligencia a fin de registrar oportunamente su título, es decir, dentro de los términos de ley y no dejar pasar años sin registrarlos para después ir a alegar buena fe en el registro y así defraudar y dejar sin posibilidad de ejecución a la sentencia.

Con lo anterior se trata de no abusar de la "presunción" de buena fe en el registro y así darle un poco de alivio a la cautela de anotación cautelar, que realmente ha salido muy mal librada en sus efectos frente a títulos celebrados con anterioridad y registros con posterioridad a ésta.

F) EFICACIA DE REGISTROS POSTERIORES DE ACTOS CELEBRADOS CON POSTERIORIDAD A LA ANOTACION CAUTELAR DE LA DEMANDA

Es aquí en donde la anotación cautelar de la demanda surte toda eficacia pues, le será oponible la sentencia a todos los causahabientes por acto entre vivos que adquieran los bienes. Asimismo constituyen la sentencia un título registrable eficaz para enervar todas las anotaciones efectuadas con posterioridad, pero también es necesario hacer una serie de precisiones frente a las anotaciones posteriores : a. La sentencia una vez registrada enervará los registros que le sean contradictorios o limitativos y dejará vigentes aquellos que no lo sean, por ejemplo se anota cautelarmente la demanda de deslinde y con posterioridad se vende el inmueble, pues en tal evento, no puede decirse que debe levantarse o cancelarse el registro sobre la venta. b. Cuando el registro de la demanda es limitativa y el acto de disposición es pleno; en tal evento, conservará validéz, la anotación de disposición pero ahora con la limitación de la sentencia; ejemplo: se demanda un proceso para que se registre un derecho de usufructo y el demandado (que sería el nudo propietario) vende el inmueble; en tal caso el adquiriente, que tenía conocimientos de la demanda, y que había comprado el bien en plenitud, ahora pasará a ser nudo propietario.

G) EFICACIA DE ENAJENACIONES POSTERIORES A UNA ANOTACION CAUTELAR DE LA DEMANDA FALLIDA

Traemos a colación este aspecto ante la sentencia de la Corte Suprema de Justicia (8) en la cual dejaba entrever dos aspectos relacionados con la anotación de la demanda el primero ya tratado sobre la procedencia o improcedencia de ésta cautela en los procesos por lesión enorme y el segundo sobre la eficacia de una cautela fallida que abordaremos inmediatamente.

La sentencia expone: " ahora bien: la demanda ordinaria de Rosa María Campo de Calero fue inscrita en el registro, y en tal estado permaneció durante varios meses, hasta cuando el auto que había decretado el registro fue revocado. Durante este lapso, sin haberse notificado aún el auto admisorio de la demanda, la sociedad demandada efectuó la enajenación a terceros. No obstante la revocación del auto que la decretó, la inscripción en el registro tuvo la virtud, mientras estuvo vigente, de poner en público conocimiento la existencia de la demanda de rescisión por lesión enorme promovida por la señora De Calero contra la sociedad " Predios y Ganados Ltda. ". Independientemente de la legalidad o ilegalidad de esta medida cautelar, ella tuvo el efecto indiscutible de hacer saber a la sociedad demandada que contra ella se estaba promoviendo un proceso rescisorio, mediante demanda presentada por dicha señora. A nadie le es lícito destruir un derecho ajeno, de mala fe, menos aun cuando el sujeto pasivo de ése derecho es el que la destruye. La enajenación a que el artículo 1951 se refiere no puede ser otra distinta de la que se realice de buena fe. Sólo así pueden entenderse rectamente el sentido y el alcance de este texto legal. A lo dicho, agréguese que por los incisos 1o. y 2o. del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil está dispuesto que " la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre

ambos procesos haya identidad jurídica de partes. Se entiende que hay identidad jurídica de partes, cuando las de segundo proceso son sucesores mortis causa de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda, y se trata de derechos sujetos a registro y al secuestro de los demás casos ".

" Sin entrar a dilucidar si la acción por lesión enorme es real o personal, y teniendo presente que este registro, con arreglo al artículo 690 del mismo código, no pone los bienes fuera del comercio, lo cierto es que como la venta que la sociedad demandada hizo por la escritura No. 225 del 28 de Enero de 1975 se celebró con posterioridad a la inscripción de la demanda que originó este proceso durante la vigencia de esta medida, quienes compraron mediante tal instrumento tienen que afrontar los efectos de la sentencia que se dicte, en los términos y para los efectos del artículo transcrito, puesto que cuando compraron era de público conocimiento la existencia del registro de la demanda de rescisión por lesión enorme propuesta por Rosa María Campo de Calero contra " Predios y Ganados Ltda. ". Así está expresamente dispuesto por el ordinal a. del numeral 1 del citado artículo 690, conforme a que quien adquiere el bien con posterioridad al registro de la demanda " estará sujeto a los efectos de la sentencia ".

" Lo hasta aquí expuesto demuestra que el recurrente tiene razón cuando afirma que el Tribunal interpretó erróneamente los artículos 1498 y 1951 del Código Civil, puesto que al aplicarlos, como los aplicó al caso debatido, no tuvo en cuenta el registro de la demanda, por cuanto el auto que lo decretó fue mas tarde revocado, ni consiguientemente la mala fe, con que, por razón de esa medida cautelar y durante su vigencia, procedió la sociedad demandada, a enajenar la cosa, con la consecuencia de que la enajenación que hizo a favor de terceros no

tuvo el efecto de entorpecer la acción rescisoria del contrato de venta, El cargo por lo tanto, prospera ".

De otro lado el salvamento de voto de los magistrados HUMBERTO MURCIA BALLEEN y ALBERTO OSPINA BOTERO, encontraron entre las varias razones para separarse de la decisión mayoritaria. " Se le concedió efectos a una medida cautelar fallida, por cuanto se le hizo producir efectos al registro de una demanda, que por haber sido decretado " ilegalmente " luego se produjo su cancelación. En otros términos, se le concedieron efectos jurídicos trascendentales y de vastos alcances a lo ordenado en un auto que luego desapareció del proceso, por ilegal, es algo así como la supervivencia de voto también se limitó a efectuar la exposición sobre la procedencia o improcedencia de la cautela y al conceptuar sobre su improcedencia nada debía decir ya sobre dichos efectos por sustracción de materia.

Asímismo el recurrente solicitó aclaración de la sentencia sobre varios puntos pero el que nos interesa dice : " de otra parte, la mayoría de la sala acepta, como verdad procesal, que " la demanda ordinaria de Rosa María Campo de Calero fue inscrita en el registro, y en tal estado permaneció durante varios meses, hasta cuando el auto que había decretado el registro fue revocado. Más adelante expresa que como la venta que la sociedad demandada hizo mediante la escritura 225 del 28 de Enero de 1975, se celebró durante la vigencia de esta medida, quienes compraron mediante tal instrumento tienen que afrontar los efectos de la sentencia que se dice. La duda que asalta frente a las frases o conceptos subrayados es la de si habiendo quedado sin efecto el auto que decretó el registro de la demanda por virtud de su revocatoria, repuntándose como si jamás se hubiera proferido, puede legalmente considerarle como vigente cuando se otorgó la referida escritura de venta ". A dicha solicitud de aclaración contestó la

sala de la siguiente manera: " En la motivación de la sentencia se expresó además que, de conformidad con el ordinal a. del numeral 1 del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil. quien adquiere el bien con posterioridad al registro de la demanda estará sujeto a los efectos de la sentencia . Esta frase tampoco ofrece el menor motivo de duda. Según ese mismo ordinal a. el registro de la demanda no pone los bienes fuera del comercio ¿Cuál es entonces la finalidad de este registro ? Una sólo, exclusivamente: Poner en conocimiento público la existencia de la demanda. Efectuado el registro esta finalidad queda cumplida, y la circunstancia de que posteriormente se revoque el auto que ordenó la medida no trae ni podrá traer como secuela que el público conocedor ya de la existencia de la demanda, pierda ese conocimiento por virtud de la revocación del auto que ordenó el registro. Quien adquiere un bien estando a la sazón vigente el registro de la demanda, queda sometido a los efectos de la sentencia que recaiga a tal pretensión. Tal vez, y no otro, el sentido de la frase que la parte demandada encuentra oscura o dudoso, sin serlo .

" En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en sala de casación civil, DENIEGA las aclaraciones solicitadas en el memorial que antecede."

Como se puede observar son dos aspectos que se presentan: a. De un lado si la cautela es improcedente o ilegal como lo sostiene el salvamento de voto, pues sobra los razonamientos frente a la eficacia de la cautela, por su misma ilegalidad, b. De otro lado si se sostiene la procedencia y legalidad para estos casos de lesión enorme de la cautela de anotación cautelar de demanda, (criterio que nosotros compartimos), es necesario delimitar hasta donde van los efectos de la misma. Consideramos un error de la Corte Suprema el haberle dado efectos a una cautela fallida. Consideramos desde otro punto de vista que se violó

fragantemente el principio de la buena fé registral, es decir, el comprador no está sujeto a los efectos de la sentencia por cuanto en el momento de realizarse el acto de enajenación en el certificado del registrador no aparecía inscrito ninguna cautela y por lo menos la inscrita ya había sido levantada.

Al decir del salvamento de voto se le dió efecto a una medida cautelar fallida. " Es algo así como la supervivencia de un auto revocado ". Esto es, el auto que decretó una cautela no producirá sus efectos frente a terceros has ta tanto no se consume o ejecute la misma. No podremos afirmar que por el hecho de la existencia de un auto de embargo o anotación de demanda no inscrito se vincule un acto de enajenación a los resultados del proceso, cuando el certifi cado no denunciaba la vigencia de una cautela.

La situación puede plantearse de la siguiente manera: se inscribe una demanda, posteriormente y en vigencia de la cautela se enajena el bien; hasta aquí no queda la menor duda que este está vinculado a los resultados del proceso, pero si posteriormente se levantara la cautela el bien queda desafectado del proceso y no podrá afirmarse que aún cuando ésta fue levantada siguensubsistien do efectos.

Pero la situación planteada ante la Corte Suprema fue todavía más allá, es decir, la cautela ya había sido levantada, con el acto de enajenación se rea liza y en la aclaración de la sentencia antes transcrita se hizo la pregunta acertadamente la Corte " ¿Cuál es entonces la finalidad, del registro (de la demanda) ? ". En lo que no acertó fue en la respuesta dada: " poner en conocimiento público la existencia de una demanda".- Creemos que la finalidad de la cautela es el aseguramiento de los efectos que ha de producir la sentencia, afec tando bienes a los resultados del proceso, y por lo tanto, una de las funciones que presta el registro es la de publicidad, sin que sea esta la unica y defini tiva.

De otro lado en este aspecto la sentencia se contradice: "El registro de la demanda tiene como finalidad la publicidad, de la existencia de un proceso; con este mismo criterio nos preguntamos. ¿Cuál es entonces la finalidad del registro del oficio que ordenó el levantamiento de la cautela ? La respuesta no puede variarse del punto de vista expuesto por la Corte y sería: ¿ Dar conocimiento al público de la no existencia de la demanda? o ¿ Dar conocimiento al público de la no existencia de la cautela ? la respuesta no sería precisa ni acorde con el planteamiento. Entonces a dichas preguntas debe darse las siguientes respuestas : ¿Cuál es la finalidad inmediata de anotación cautelar de la demanda ?. Respuesta: Afectar bienes a las resultas de un proceso; ¿Cuál es la finalidad de levantamiento de anotación cautelar de la demanda ? desafectar los bienes que estaban a las resultas del proceso.

De la siguiente manera concluyó el salvamento de voto de la aclaración de la sentencia " c) Insistimos en que se le concedieron efectos jurídicos a una medida cautelar fallida, o sea, que se le otorgaron efectos a un proveído que había desaparecido por ilegal. Esto conduce a consagrar la supervivencia de un auto revocado, o en otros términos, a dar por vigente lo que no existe.

Estas consideraciones nos llevan a concluir que el fallo, cuya aclaración se solicita, se reciente en su claridad ".

H) EFICACIA DE LA ANOTACION CAUTELAR DE LA DEMANDA FRENTE AL EMBARGO.

Es importante establecer la eficacia que puede existir en la anotación de la demanda frente a la anotación de embargo. Si una anotación de embargo es posterior a la anotación de la demanda (ya que no podrá ser al contrario, toda vez, que si el bien se encuentra embargado, la anotación cautelar de la demanda no registraría), es necesario ver las siguientes situaciones: a. Si el proceso

en donde se decreta el embargo termina con un remate a favor de un tercero, en tal evento la anotación cautelar deberá levantarse ya que el Juez ordenará la cancelación de las limitaciones que el bien soporte. b. Si el proceso en donde se decretó el embargo termina de alguna forma diferente al remate (por ejemplo el pago) el Juez ordenará el levantamiento del embargo y la anotación de la de manda seguirá surtiendo sus efectos hasta cuando la sentencia desate el litigio definitivamente. c. Si en un proceso de ejecución la obligación es de suscribir una escritura y el ejecutado no cumple con la orden del juez en tal evento la suscribirá este y se procederá a levantar el embargo ordenando antes del man damiento ejecutivo y se registrará la escritura suscrita por el juez. Pero la anotación cautelar de la demanda seguirá surtiendo todos sus efectos frente al nuevo adquiriente, ya que el registro de la escritura suscrita por el Juez no conlleva el levantamiento de las limitaciones, porque aquí el juez no está ven diendo como en el remate, sino que está reemplazando al vendedor en la firma de la correspondiente escritura; y la venta realizada entre comprador y vendedo r es un acto entre vivos, registrada con posterioridad a la anotación de la demanda quedando vinculados por los efectos de cosa juzgada expresado en el artículo 332 del C.P.C.

II. EFECTOS INDIRECTOS

Como sucede con el proceso civil en general este produce innumerables efectos materiales por reflejo de manera indirecta que serían innumerables los casos para cubrirlos ya que podrá de manera indirecta la anotación cautelar de la demanda afectar otras relaciones de tipo jurídico material por ello, estos escapan a una sistematización o enumeración y podemos remitirnos a la parte ge neral de las cautelas.

III. EFECTOS JURIDICO PROCESALES

Como se estableció inicialmente, en el proceso cautelar no es posible hablar de cosa juzgada, pero para el caso de la anotación cautelar de la demanda, es necesario decir que por mandato de la ley, el efecto típicamente procesal que ésta produce es el de darle identidad jurídica a los causahabientes por acto entre vivos del demandado; es decir que sobre ellos se dicta la sentencia y que por lo tanto les es oponible la excepción de cosa juzgada si pretendieren alegar algún derecho sobre la situación jurídica registrada.

IV. EFECTOS ECONOMICOS

Al igual que el proceso cautelar, en general los gastos que ocasionan la anotación cautelar de la demanda correrán a cargo de la parte que perdió el proceso.

Siempre que el proceso principal termine de una forma diferente a la que pensó el demandante para la cual pidió su aseguramiento, deberá efectuarse la condena en perjuicios, que al igual que el proceso cautelar general deberán liquidarse de la forma establecida por la Ley.

CITAS 20

- (1) RAMOS MENDEZ, Francisco. ob. cit. p. 83
- (2) Casación, 23 de Mayo de 1946 LX 488
- (3) Sentencia. 19 de Junio 1953. LXXV. 343
- (4) VALENCIA ZEA, Arturo. ob. cit.p. 617-618
- (5) RAMOS MENDEZ, Francisco. ob. cit. p. 85
- (6) Sentencia reproducida en Ibidem p. 95
- (7) Ibidem. p. 96
- (8) Supra : Capítulo 17 cita 9.

ALIMENTOS PROVISORIOS EN PROCESOS DE ALIMENTOS

I. CONCEPTO DE ALIMENTOS PROVISORIOS.

El régimen sobre los alimentos provisionales datan en nuestro medio desde el Código Civil de 1873 ya que fueron consagrados en el artículo 417 así: " Mientras se ventila la obligación de prestar alimentos, podrá el juez o prefecto ordenar que se den provisionalmente desde que en la secuela del juicio se le ofrezca fundamento plausible; sin perjuicio de la restitución, si la persona a quien se demanda obtiene sentencia absolutoria. Cesa este derecho a la restitución, contra el que de buena fe y con algún fundamento plausible, haya intentado la demanda ".

Con el mismo sentido se ha tenido la regulación hasta nuestros días y sin que el artículo antes mencionado esté derogado se ha vuelto a consagrar la norma en el actual Código de Procedimiento Civil en el artículo 426 así: " artículo 426 ... 2.- El Juez podrá ordenar que se den alimentos provisionales desde la admisión de la demanda, siempre que no lo solicite el demandante, con prueba siquiera sumaria de la capacidad económica del demandado ..."

En nuestra legislación el señalamiento de alimentos provisionales se efectúa en un proceso de cognición abreviado como anticipación a los que habrá de señalar definitivamente el juez en la sentencia, es decir, el mismo sistema

de la ley de enjuiciamiento civil española en sus artículos 1314 y 1916.

II. NATURALEZA JURIDICA

A) ES UN PROCESO CAUTELAR

Una de las discusiones doctrinarias está dada en determinar si el señalamiento de alimentos provisionales en el proceso de alimentos constituye un proceso cautelar o no.

Para el profesor CALAMANDREI (1) es necesario hacer una diferenciación que habrá de determinar la naturaleza de la providencia a) De un lado plantea la necesidad de establecer si la providencia de alimentos provisionales constituye una " sentencia definitiva parcial " (2), es decir, si el Juez tiene ya los elementos probatorios suficientes para proceder a una condena parcial y a la espera de una sentencia definitiva sobre el resto del crédito. b) De otro lado, habría que determinar si el peligro que amenaza al posible acreedor de los alimentos justifican a través de un cálculo de verosimilitud el pago inmediato y provisorio de un anticipo (3) (4).

La conclusión a que llega el mismo Calamandrei es la siguiente " ¿ En cuál de estas dos formas debe ser concebida la provisional en nuestro derecho positivo ? Indudablemente puede haber casos en los cuales, entre el daño que podría sufrir el titulado acreedor constreñido al no obtener la satisfacción del crédito hasta el pronunciamiento de la providencia definitiva, y el que podría sufrir el pretendido deudor constreñido a pagar antes de que exista contra él la declaración de certeza de la subsistencia del crédito, el primero se presente a priori como de mayor consideración que el segundo, hasta el extremo de aconsejar una medida cautelar que dé inmediata satisfacción a una parte de la demanda del actor, cuando todavía pende la cognición ordinaria sobre la totali

dad de la demanda, y, por tanto, sobre la parte de la misma que provisoriamente acoge la provisionalidad ".

Sin embargo, se han expuesto criterios contrarios negándose el carácter de cautelar a los alimentos provisionales, y argumentándose que estos tienen un valor " Sustancia en sí mismas consideradas " y que carece de todo efecto de aseguramiento de una sentencia futura (5) pero en realidad este criterio no explica o justifica el llamado " valor sustancial en sí mismo " para de ahí deducir que se trata de " medidas " de otra clase diferente a la cautela.

Pensamos que el señalamiento de los alimentos provisionales en el proceso de alimentos constituye un proceso cautelar, en la medida en que la decisión será provisional hasta la espera de sentencia que habrá de definirlos. Nos parece que las notas peculiares que denuncian el proceso cautelar estarán dadas : de un lado la instrumentalidad se observa cuando la decisión está a la espera de la sentencia que habrá de dictarse en el proceso principal; la provisionalidad comparece fácilmente ya que la decisión cautelar tendrá una vida limitada hasta cuando se pronuncie la decisión final; asimismo la mutabilidad de la providencia cautelar es incuestionable toda vez que podrá ser modificada, por aumento o disminución de la necesidad de los alimentos.

B) ES UN PROCESO CAUTELAR PATRIMONIAL

Los alimentos provisionales constituyen un proceso cautelar de tipo patrimonial porque recae sobre el patrimonio del obligado a suministrarlos; y no será personal porque este no recae sobre la voluntad o el cuerpo del obligado. En ocasiones se ha confundido al carácter personal de los alimentos provisionales porque son dados en favor de la persona acreedora. Pero es necesario aclarar que la cautela no recae sobre la persona del acreedor sino sobre el patrimonio del deudor en la medida en que podrán embargársele sus bienes para el pago.

III. FUNDAMENTO

La razón o justificación de los alimentos provisionales no es otro que el periculum in mora; la necesidad del acreedor no le permite esperar a la sentencia definitiva y ese peligro habrá de contrarrestar con el señalamiento de los alimentos llamados provisionales.

IV. REQUISITOS

A) SUBJETIVOS

Los alimentos provisionales en el proceso de alimentos podrán ser decretados por el Juez que conoce del proceso principal sea este el juez civil de menores o el juez civil municipal, según se trate de menores o mayores de edad.

Las partes no podrán ser otras que las del proceso principal; pero también podrán ser decretadas a solicitud del Ministerio Público cuando este inicie el proceso. Asimismo el juez no podrá decretarlas de oficio, porque la norma del artículo 426 del C.P.C. exige la petición de parte.

" Respeto a los alimentos provisionales, se pueden decretar por el juez de menores de edad desde la presentación de la demanda y mientras dure el proceso de alimentos, siempre que aparezca en la actuación " fundamento plausible", esto sin perjuicio de la restitución si la persona a quien se demanda obtiene sentencia favorable. Esto significa que los alimentos provisionales no pueden decretarse de oficio sino que deben solicitarse.

" La solicitud puede formularse en la demanda o posteriormente, en cualquier momento del proceso, y para decretarlos se requiere que el demandante haya presentado prueba siquiera sumaria de la capacidad económica del demandado. La petición de alimentos provisionales se resuelve de plano, ya que la ley no dispone expresamente el trámite incidental. El juez regula la forma en que han de prestarse los alimentos y determina la cuantía, teniendo en cuenta la capacidad económica del alimentante y las necesidades del alimentario " (6).

B) OBJETIVOS

Tiene importancia el requisito de causa, en el sentido en que habrá de aportarse una prueba siquiera sumaria en la que se establezca la capacidad económica del demandado a fin de efectuar su señalamiento.

C) DE LA ACTIVIDAD

Es conveniente mencionar el requisito de tiempo en que pueden pedirse los alimentos provisionales.

Según el artículo 426 del C.P.C. en su numeral primero, estos pueden solicitarse desde la admisión de la demanda; esto es, en cualquier momento pero siempre y cuando no se haya dictado la sentencia porque allí ya serían definitivos.

V. PROCEDIMIENTO

Efectuado el señalamiento, la providencia deberá ser notificada al demandado, consideramos que debe efectuarse personalmente a fin de que el demandado efectúe las consignaciones a órdenes del juzgado, o a fin de evitar la tramitación del proceso ejecutivo.

El juez en la misma providencia que las decreta podrá ordenar se oficie a la empresa o entidad a fin de que se retenga el monto de las remuneraciones: En tal caso habrá de seguirse ejecución según los trámites del proceso ejecutivo de mínima cuantía (art. 423 numeral 2o. del C.P.C.).

VI. EFECTOS

El pago de los alimentos y su cobro ejecutivo empiezan a correr a partir de la sentencia condenatoria, es decir, que este será el título que presta-

rá mérito ejecutivo en favor del alimentado, pero en caso del no pago de los alimentos provisionales estos podrán ser reclamados en proceso ejecutivo accesorio al de alimentos definitivos, y en el evento en que éstos no sean reclamados allí y la sentencia definitiva sea favorable al alimentado, podrá demandar el pago de los definitivos debidos y los provisionales señalados con anterioridad a la sentencia y que no fueron pagados.

Si la sentencia definitiva es absolutoria para el demandado, el demandante deberá ser condenado a restituir los alimentos provisionales que le han sido pagados, salvo en el caso en que exista buena fe de su parte. " En cuanto al momento en que principia a existir la obligación de dar alimentos, cabe observar que desde la presentación de la demanda el juez podrá ordenarlos de manera provisional, teniendo en cuenta la urgencia del peticionario y desde que exista en la secuela del juicio fundamento plausible; sin perjuicios de la restitución, si la persona a quien se demanda obtiene sentencia absoluta; sin embargo, no habrá restitución contra quien intentó de buena fe la demanda " (C.C., art. 417, y Ley 83 de 1946, art. 74). (7).

(1) CALAMANDREI, Piero.ob. cit. p. 105.

(2) Ibidem. p. 105 y 106. " En segundo lugar, la provisional puede concebirse no como providencia provisoria cautelar, sino como pronunciamiento definitivo parcial (teiluteil del derecho germánico) sobre la porción del crédito en torno a la cual el juez tenga ya elementos probatorios eficientes para decidir con conocimiento pleno, mientras sobre el resto de la demanda puede ser necesario el cumplimiento de actos ulteriores instructorios, en espera de los cuales la decisión definitiva sobre la parte que reste del crédito deba ser necesariamente diferente a un momento ulterior del mismo proceso o incluso a un proceso diferente. En este caso, a la sentencia llamada provisional le faltan los caracteres esenciales de la providencia cautelar y, sobre todo, el carácter hipotético que la distingue: en torno al extremo resuelto, se forma una verdadera y propia declaración de certeza, idónea para alcanzar en sí y por sí la eficacia de la cosa juzgada e independientemente del resultado del juicio sobre los otros extremos reservados. Estamos, pues, de frente a una aplicación del principio según el cual el juez, en la cognición ordinaria, tiene el poder de pronunciarse con eficacia definitiva sobre los extremos ya maduros para decisión, y de aplazar la decisión sobre aquellos en torno a los cuales sea todavía necesaria la continuación de la instructoria ".

(3) Ibidem. p. 105 " Se puede, ante todo, imaginar que, mientras pende o está por iniciarse el juicio ordinario de cognición sobre una acción de condena dirigida al pago de una suma de dinero todavía no liquidada, el estado de necesidad urgente en que se encuentra el acreedor (porque se trata, supongamos, de un credito de naturaleza alimentaria, frente al cual tiene aplicación el principio de que venit non patitur dilationem) aconseja al juez, a reserva de decidir definitivamente, mediante cognición a fondo, la existencia y el monto del crédito (an debeatur y quantum debeatur), ordenar mientras tanto el demandado, para evitar el peligro de que el actor sucumba en la demora del juicio, el pago inmediato y provisorio de un anticipo, establecido en la medida que, mediante un cálculo de verosimilitud, se pueda prever inferior a la mayor suma que probablemente resultará debida en el juicio definitivo. En tal caso la " provisional " asuma indudablemente todos los caracteres de una verdadera providencia cautelar (grupo c): se pronuncia en vía de urgencia, para evitar los daños que derivarían del retardo de la providencia prin-

cial, y en la hipótesis, basada sobre cognición sumaria, de que esta providencia se pronunciará en sentido favorable al actor; a falta de lo cual el pago hecho a título de anticipo provisorio sobre el mayor crédito pretendido, se demostrará, en sede definitiva, no debido. "

- (4) HERCE QUEMADA, Vicente. ob. cit.
- (5) SERRA DOMINGUEZ, Manuel. ob. cit. p. 75 " Análogamente se ha pretendido en España configurar como medidas cautelares los alimentos que se conceden dentro de un procedimiento más amplio, como por ejemplo en los artículos 1100 1314 y 1916 LEC. Las mismas razones que nos movían a oponernos en la teoría de CALAMANDREI son aplicables en este caso, maxime habida cuenta que tales medidas tiene valor sustancial en sí misma consideradas, careciendo de todo efecto o finalidad de aseguramiento de otra resolución que puede incluso no producirse, y cuya declaración no tendrá en forma alguna efectos retroactivos ".
- (6) MONROY CABRA, Manuel Gerardo. ob. cit. p. 139
- (7) VALENCIA ZEA, Arturo. ob. cit. p. 83

TITULO SEGUNDO

I. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

22

GENERALIDADES

I. CONCEPTO DE MEDIDA CAUTELAR

No todas las cautelas que se toman en un proceso constituye un proceso cautelar sino que existen muchas que no alcanzan a realizar toda la actividad de aquel; es decir, son algo embrionario bien porque aseguran un peligro inmediato sin llegar al ámbito de la sentencia (como las cauciones) o en los casos porque podrían constituir un proceso autónomo, por el principio de la economía procesal la sentencia habrá de resolver sobre estas situaciones; y por lo tanto pueden cautelarmente tomarse antes del fallo definitivo; (ejemplo; los alimentos para los hijos en el proceso de separación de cuerpos).

La doctrina ha empezado a utilizar la terminología del proceso cautelar, aun cuando las diferentes legislaciones han utilizado el término " medidas cautelares " lo cual ha dado lugar a su confusión de tipo doctrinal y a llevar hasta las medidas cautelares muchas instituciones que no lo son (1).

En la traducción de las instituciones del nuevo proceso civil italiano de FRANCISCO CARNELUTTI en 1942, efectuado por el profesor JAIME GUASP en la nota 26 y 27 decía: " Puede señalarse en nuestro derecho positivo, como veremos más adelante, típicas medidas cautelares que permiten construir, dentro de la ley de Enjuiciamiento Civil, el concepto del proceso cautelar aunque la Ley no tenga clara idea de naturaleza propia de este tipo de actuación judicial. Entre los actos cautelares, pueden señalarse en nuestro derecho, utilizando un ejemplo análogo al que en el texto se cita, las medidas adoptadas por el juez ~~en~~ el caso de interposición de la demanda de nulidad y divorcio, a que se hace referencia el artículo 68 del Código Civil. En cuanto al supuesto, no ya de un acto cautelar, sino de un proceso cautelar, los ejemplos citados en la obra pueden aplicarse en general, cálidamente a nuestro derecho positivo". Nuestro código doméstico y doctrina siempre ha utilizado el término "Medida Cautelar " sin que se haya ahondado en un estudio sobre el llamado proceso cautelar, sino que bajo una misma nomenclatura se ha incluido lo que es proceso cautelar y lo que no lo es.

La medida cautelar es, pues, el acto de aseguramiento de actuaciones procesales específicas a los efectos secundarios del proceso principal.

II. NATURALEZA JURIDICA

A) ES UN ACTO DE ASEGURAMIENTO

Las medidas cautelares en cuanto a su naturaleza se acercan bastante al proceso cautelar; tal vez lo que los puede diferenciar sería su procedimiento toda vez que las primeras tan sólo son un acto de aseguramiento y la segunda realizan toda una actividad que constituye un proceso. La medida cautelar se agota en su propio nacimiento es decir, no se desarrolla en el tiempo su procedimiento; sino que cumplen una función inmediata (cauciones) o una función un tanto mediata (efectos de la sentencia); pero que éstos no constituyen el aseguramiento

de la pretensión principal invocada; esto es, asegura los efectos de segundo orden de la sentencia. Su función de todas maneras será cautelar, es decir, porque está a la espera de un resultado, o trata de proteger contingencias que se le presentan al mismo proceso cautelar o al principal.

B) ACTUACION PROCESAL ESPECIFICA A EFECTOS SECUNDARIOS DEL PROCESO

La medida cautelar también está pensada para contrarrestar el peligro que puede ocasionar ciertas actuaciones judiciales tales como el embargo, etc., es por ello que el legislador pretende asegurar también los efectos que produzca dicha actuación cuando no sea justificada o razonada. De otro lado pretende asegurar resoluciones que ha de contener la sentencia y que no son la relativas a la pretensión principal o consecuenciable de ella, sino que el legislador basa do en el principio de la economía procesal, obliga al juzgador a pronunciarse sobre otras situaciones que podrían tener su propio procedimiento; ejemplo : en el proceso de divorcio pueden solicitarse que el juez en la sentencia regule las vi sitas de los padres a los hijos, y si no se pretendiera éste efecto o no se resolvie ra sobre ello, los padres podrán demandar el respectivo proceso de regulación de visitas ante el juez de menores. Entonces las medidas actúan como una anticipa ción de esos posibles efectos que produciría la sentencia; hemos dicho efectos secundarios pero no para decir, que estos aspectos son de segunda categoría o menos importantes sino para mostrar que son aquellos que no tienen una estrecha relación con el fondo mismo de la sentencia y con la pretensión, sino que estos se podrían obtener a través de otros procesos principales.

III. FUNDAMENTO

La medida cautelar y el proceso cautelar pretende contrarrestar los pe ligros de daño que puedan ocasionarse por la imperfección del proceso jurisdic cional. La medida cautelar no puede encerrarse dentro de un marco general para

hacerlas coincidir en todos sus aspectos, sino que es necesario mirarla en concreto para así establecer sus lineamientos, " se inicia por tanto el presente trabajo con un intento de reducción a unidad, dentro de la diversidad, de las medidas cautelares mediante la construcción de una teoría general que pueda ser genéricamente a todas ellas. Por otra parte, el carácter diferenciador de cada medida cautelar en concreto hace posible un tratamiento por separado sin romper la unidad de criterio, que se consigue haciendo preceder la obra investigadora de una teoría general común y emprendiendo la investigación diversos procesalistas ciertamente, pero inspirados por idéntica formación teórico-práctica y unos mismos esquemas de trabajo " (2).

Esto es, se trata de establecer siempre una norma general pero vistas en cada medida cautelar porque podrían variar según la clase; la prueba de ello, es que la definición no es unánime ya que pueden perseguir diferentes objetivos. La medida cautelar podrá ser dictada, primero ante el peligro de daño, que puede ocasionar una actuación cautelar específica, sobre la cual el juez deberá ordenar su ejecución sobre apariencias de derecho, ya habíamos hecho notar el ejemplo del embargo, pues frente al demandante será necesario la toma de medidas cautelares tales como las cauciones o llamadas contractuales ante el peligro que encierra esta medida: bien sea porque ante la apariencia de derecho con que deba actuar el juez, se le engañe o se le demuestre una situación no acorde con la realidad, para obtener efectos anticipados de una sentencia y así someter al demandado; de otro lado, pueden utilizarsen otras cautelas de manera abusiva con la bendición de la ley. El legislador debe salir al paso también para proteger al demandado.

En estos casos, el peligro que amenaza un proceso por su lentitud, puede ocasionar daños a personas que deben ser protegidas por la ley, y en ellas

están los hijos de un matrimonio en vía de separación que son los que van a soportar directamente la situación de angustia que ha generado el proceso principal. Así las cosas, ante este peligro, el legislador autoriza una serie de medidas, que no constituyen la razón de ser del proceso principal pero que por esa razón no deja de atentarse contra la estabilidad y subsistencia de ciertas personas; y para contrarrestar esta situación pueden tomarse medidas asegurativas.

IV. TIPOS DE MEDIDAS CAUTELARES

El elaborar una clasificación sistemática de las posibles medidas cautelares a tomar en los procesos es algo menos que imposible, toda vez, que el mismo legislador en algunos casos otorga discrecionalidad al juez, para que tome las que sea necesarias de acuerdo con la situación que se pretende proteger; esto es, ni el legislador mismo, ha podido encuadrar dentro de la ley ya que se trataría en muchos casos de situaciones muy casuísticas.

Por lo tanto trataremos de dar cobertura a las medidas cautelares de mayor ocurrencia o por lo menos que el legislador ha podido regular así :

1. Medidas Cautelares Personales.

a. Respecto de menores de edad,

1) Cuidado y Protección del cónyuge menor en casa de sus padres o sus parientes.

2) Cuidado y Protección de los hijos en manos de cualquiera de los cónyuges o de un tercero.

3) Reglamentación de visitas,

b. Respecto de mayores de edad

1) Medidas para establecer el estado de preñez.

2) Medidas sobre los interdictos provisionales (C.C.),

3) Suspensión de las presentaciones, ejecuciones o exhibiciones de una obra teatral, cinematográfica o filarmónica.

4) Prohibición de hacer propaganda a los artículos producidos con violación de propiedad industrial.

2. Medidas Cautelares Patrimoniales.

1) Alimentos provisionales en procesos diferentes a los de alimentos definitivos.

2) Las cauciones

3) La guarda y aposición de sellos.

4) El comiso de artículos fabricados con violación de la propiedad industrial.

CITAS 22

- (1) PRIETO CASTRO, Leonardo. ob. cit. p. 816
- (2) SERRA DOMINGUEZ, Manuel. ob. cit. pp. 6-7

MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

23

SOBRE MENORES DE EDAD

I. CUIDADO Y PROTECCION DEL CONYUGE MENOR

A) NOCION GENERAL

Esta medida cautelar fue establecida en el artículo 423 del Código de Procedimiento Civil que fue modificado por la Ley 1a. de 1976 en su artículo 27.

Se trata de una medida suplementaria a la separación provisional de los cónyuges; toda vez que esta no se puede decretar cuando los cónyuges son mayores de edad y en caso no serlo el juez podrá dejar al cónyuge menor al cuidado de sus padres o parientes próximos o un tercero cuando las circunstancias así lo aconsejan.

La Ley 1a. de 1976 utiliza una palabra que choca contra la naturaleza de la medida cautelar y contra la persona y se trata del " depósito " ya que las personas no se depositan. Pero debe entenderse que la Ley quiso decir

" cuidado y protección " ya que no podríamos hablar de guarda porque es una figura distinta a lo que pretende la cautela.

Las varias personas a las cuales la Ley autoriza darle el cuidado y protección de los cónyuges menores son alternativas, es decir, no necesariamente el juez debe preferir a los padres toda vez, que podrá darse el caso que éstos se encuentren en imposibilidad física o moral de darle una protección eficaz; por ejemplo: los padres demasiado ancianos no serían garantía de protección física etc. .

B) REQUISITOS

Los requisitos subjetivos son los mismos del proceso cautelar general, pero con la diferencia de que la parte sobre la cual recae la medida debe ser menor de 18 años, y que sea solicitada al juez, toda vez que este no podrá decretarla de oficio.

Respecto a los requisitos objetivos, además de los generales, es necesario hacer hincapié en que sólo puede decretarse en los procesos de nulidad; separación de cuerpos y divorcio del matrimonio civil, de otro lado, no será necesario llevar una determinada prueba al juez para que decrete la medida toda vez que la sola edad del cónyuge la justifica, bastará simplemente invocar la causal.

Respecto de la actividad. Esta puede ser decretada simultáneamente con el acto admisorio de la demanda o cuando esto sea necesario de acuerdo con lo que sucede entre los cónyuges en sus relaciones personales durante el proceso, la forma no tiene relevancia, porque puede formularse en el cuerpo de la demanda como petición especial, o en escrito separado.

C) PROCEDIMIENTO

Sigue las reglas generales de nacimiento, desarrollo, y terminación pero considero que el juez no debe limitarse simplemente a decir en su providencia " la custodia para la protección del cónyuge menor estará a cargo de tal persona "; sino además hacer las intimidaciones correspondientes a fin de que el demandado no trate de sacar al menor de dicho cuidado, o no trate de burlar la cautela, por ello, será necesario que el auto que decreta la cautela sea notificado personalmente al demandado si es posterior del auto admisorio, porque ~~si~~ está contenida en este, bastará una sola notificación.

A esta medida cautelar le es aplicable lo dicho para el proceso cautelar de separación provisional, al cual nos remitimos.

D) EFECTOS

Esta medida cautelar surte los mismos efectos del proceso cautelar de separación provisoria, es decir, suspende la vida en común de los cónyuges de cohabitación etc., al cual nos remitimos.

II. CUIDADO Y PROTECCION DE HIJOS MENORES

A) CONCEPTO

Los procesos de divorcio, separación de cuerpos y nulidad del matrimonio producen un deterioro de la unidad familiar, y los primeros afectados por tal situación son los hijos menores de edad, que deben pasar a manos de uno de los cónyuges o repartirlos o en su defecto entregarlos a un tercero que por lo general será un pariente próximo. Si bien, es cierto, al Estado no le preocupa tanto una separación de cónyuges, si le preocupa con categoría de " alarma social ", la situación de los menores fruto del matrimonio, es por ello, que el juez debe estar atento a asegurar el bienestar de los menores, y desde el inicio del proceso, pue-

de entregarlos a cualquiera de los cónyuges o distribuirlos de acuerdo con la situación de hecho presentada o cuando ninguno de estos sea apto moral, social o económicamente para su control podrá entregarlos a un tercero a quien los menores respeten. El proceso de separación, divorcio, nulidad del matrimonio, no está montado principalmente para resolver lo relativo a patria potestad y guardas, pero se aprovecha el procedimiento para en él tomar decisiones frente a los hijos; la pretensión principal estará encaminada a disolver el vínculo matrimonial o suspender la vida en común de los cónyuges, las decisiones, sobre hijos, será una decisión accesorio autorizada y ordenada por la ley, es por ello, que cuando esas decisiones secundarias se anticipan a la sentencia también constituyen medidas cautelares, y estarán esperando la sentencia que ha de resolver definitivamente; pero la razón de esta forma de cautela, no es por el simple hecho de la demora del proceso, sino el peligro de daño inminentemente que amenaza a los menores y que hay que contrarrestar también inmediatamente, con medidas cautelares de protección y aseguramiento. Nótese también, que no es tanto asegurar los efectos de la sentencia, sino más bien, proteger una situación fáctica.

B) REQUISITOS

Subjetivos. Comparecen todos los requisitos subjetivos del proceso cautelar es decir, jurisdicción, competencia, incompatibilidad y la misma de las partes, sólo que para el caso del proceso de separación de cuerpos del matrimonio civil varía la competencia según se trate de proceso de separación de cuerpos de matrimonio civil o católico pues el primero conocerá el juez civil del circuito y del segundo los Tribunales Superiores del Distrito Judicial; entonces en su caso, podrá decretar esta medida el juez que resulte competente para conocer el proceso principal.

C) PROTECCION

Efectuada la petición al juez e invocada la causal que motiva el proceso con alguna prueba que el juez lo considera necesario se decretará la cautela dejando a los menores en manos del cónyuge que hace la petición, sin embargo es necesario tener en cuenta lo siguiente: si el peticionario es quien en la actualidad tiene los menores no será necesario pedir demasiadas pruebas, si el demandante no los tiene en su poder será necesario probar por lo menos sumariamente el peligro de daño.

Si los menores no están en manos del peticionario el juez la decretará y ordenará a quien los tenga se los entregue; en la práctica se comisiona a los jueces de menores para tal entrega creemos que legislativamente debe consagrarse esta modalidad, por la especialidad de estos jueces en estos asuntos. Por lo general envían un telegrama al obligado señalándosele una fecha para que comparezca al juzgado con los menores y efectuar su entrega, si el demandado no comparece se procederá a efectuar la diligencia de entrega, para la cual el juez señalará fecha y hora para tal efecto y se procederá a trasladarse al lugar en donde los menores se encuentran. Nótese que no estamos en ninguna diligencia de embargo, es decir, la prudencia, deberá llevarse hasta el máximo, a fin de no causar traumas a los menores. ¿Qué puede suceder en la diligencia? que la persona obligada los entregue y en tal evento se perfeccionará la diligencia.

D) EFECTOS

Los efectos que producirá esta medida cautelar consistirán en que el cónyuge en que se le ha dejado los menores a su cuidado podrá decidir sobre la educación, cuidado, fijación de hogar, etc. que según su criterio sean lo más aconsejable para ellos.

Sin embargo, esta medida no conlleva la suspensión ni pérdida de la patria potestad del otro cónyuge sobre los menores.

III. REGLAMENTACION DE VISITAS (1)

Los padres tienen derecho a visitar a sus hijos menores y a compartir con ellos por lo menos algunos momentos.

En el proceso de separación de cuerpos divorcio o nulidad de matrimonio civil, podrá el juez desde el inicio del proceso regular las visitas que el cónyuge podrá efectuar a sus hijos, cuando el otro, tenga en su poder a los menores, y no permita tal hecho, existe un trámite de regulación de visitas ante los jueces de menores que se sigue por el procedimiento verbal por expresa disposición del artículo 1o. del decreto 206 de 1975, y éste proceso tiene prelación en la decisión sobre lo que se resuelva en aquellos procesos ya que en el proceso especial de regulación de visitas se tomarán en cuenta las circunstancias del menor, mientras que lo decidido en el proceso de separación etc., tiene en cuenta la circunstancia del conflicto entre cónyuges (2).

De otro lado, la Ley en ninguna parte autoriza al juez civil del circuito o Tribunal Superior para en los procesos de separación de cuerpos, divorcio, nulidad etc., resuelva lo referente a la reglamentación de visitas; pero creemos que no hay obstáculo para que tome decisiones al respecto debido a las amplias facultades discrecionales que tiene el juez en el proceso de familia (3).

CITAS 23

- (1) PARRA QUIJANO, Jairo. El derecho de visitas y sus aspectos probatorios. Conferencia dictada en el mes de Junio de 1984 en el Instituto de Bienestar Familiar de Bogotá, sin reproducir, p. 4
- (2) Ibidem.
- (3) Ibidem. p. 6 " El legislador conciente que es el Juez en cada caso particular, quien está en mejores condiciones de crear la norma con criterio a la cual se puede juzgar el caso particular controvertido; en el artículo 256 del C.C. preceptúa: " Al padre o madre de cuyo personal se sacaren los hijos, no por eso se prohibirá visitarlos con frecuencia y libertad que el juez juzgare conveniente. "

SOBRE MAYORES DE EDAD

I. MEDIDAS PARA ESTABLECER EL ESTADO DE PREÑEZ

Cuando a la mujer a la cual se le ha decretado el divorcio o que estando en trámite el proceso está separada de su marido, ya por separación de hecho o por habérsele autorizado el cambio de residencia y se creyere estar en cinta, podrá denunciar este hecho al marido dentro de un término de treinta días a la separación actual. Esta denuncia también se autoriza por el Código Civil en los procesos de nulidad de matrimonio o recién declarada la nulidad, también dentro de treinta días siguientes de que habla en el inciso primero el artículo 225 del C.C. .

Claro está que el término a pesar de la ley darlo perentorio, puede ser considerado con largueza cuando existe una justificación debidamente razonada de no haberse podido hacer dentro del término de los treinta días.

Una vez hecha la denuncia por parte de la mujer del estado de embarazo el marido puede solicitarle al Juez, ordene los exámenes médicos pertinentes para establecerlo plenamente; exámenes que deben ser practicados por médicos legilistas, los resultados deben ser agregados al proceso que se encuentre en trámite y tomarlos en cuenta para la petición de alimentos y establecer la paterni-
dad legítima en su momento. Es una obligación de la mujer permitir que se prac

tiquen los exámenes, pues ambos cónyuges están interesados en establecer ese embarazo para impedir una posible suplantación de parto; si la mujer no permite se le practiquen la ley sanciona este hecho con una presunción de inexistencia del embarazo. Presunción desvirtuable en otro proceso instaurado por la madre o por el hijo en su caso.

Cuando la mujer ha sido " depositada " y esta se ha sustraído al cuidado de la familia o personas elegidas para la guarda o porque de cualquier forma es ta ha eludido la vigilancia a que estaba sometida, el marido podrá no reconocer el hecho y circunstancias del parto, pero aún queda abierta la puerta para que la madre o el hijo establezcan la paternidad respecto del marido en proceso con tradictorio (Art. 226 del C.C. reformado por el decreto 2820 del 1974 art. 17; art. 228 del C.C.).

Si el marido ha tomado las precauciones necesarias o sin ellas, y se ha probado el hecho del parto podrá el padre intentar el juicio de ilegitimidad probando que durante la época en que se presume la concepción este estaba en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la madre artículo 214, 230 C. C. .

Esta denuncia puede hacerse a los consaguíneos del marido dentro del cuarto grado y mayores de 18 años cuando no se puede hacer al marido, por ejemplo por muerte, por demencia, etc., y cuando el marido no tenga consanguíneos podrá hacerse al juez de familia o al juez municipal del lugar según el caso, esta denuncia también debe efectuarse dentro de los treinta días siguientes de la separación; si la demencia se efectúa pasando los treinta días pero antes del parto, tendrá validez siempre y cuando se le presente al juez una justificación por la demora o retraso (225-226 inc. final).

Esta medida que en el fondo es una cautela para proteger tanto a la madre como al menor en su paternidad o mejor la presunción de ser el cónyuge el padre de la criatura que se espera nazca con vida, a fin de poder establecer de una vez las obligaciones del cónyuge para con su hijo próximo a nacer y con la madre a la cual debe ayudar en el cuidado de su salud para así proteger al naciduris.

Es de anotar también, que los exámenes para establecer dicho estado de embarazo solo pueden ser solicitados por el marido, si este se encuentra incapacitado o el padre ha muerto, quien reciba la denuncia de embarazo deberá intentar el juicio de ilegalidad si se encuentran autorizados para instaurar tal acción.

II. MEDIDAS SOBRE INTERDICTOS PROVISIONALES POR DEMENCIA

El artículo 554 del Código Civil establece una serie de medidas a tomar cuando una persona padece desequilibrios mentales de tal naturaleza que su actitud de comportamiento en sociedad, sea de temer que ocasionará graves daños a la comunidad o a sí mismo.

El Juez cuando conozca del proceso de interdicción del demente, que lo puede promover de oficio según nuestra legislación, podrá además de la interdicción provisional, ordenar la reclusión del demente furioso en clínica siquiátrica o una entidad destinada a dar tratamientos de rehabilitación a estas personas.

Es de anotar que el juez no podrá ordenar que el interdicto provisional sea encerrado o atado, sino conducido con todas las seguridades al lugar de reclusión.

El artículo 554 antes mencionado, se refiere a la posibilidad de ser privado de la libertad, para encerrarlo o atarlo mientras el juez otorga la autorización de reclusión, esto es, la privación de la libertad podrá efectuarse, por una autoridad como el alcalde de un pueblo, o un Inspector de Policía etc., " mientras " el juez ordena su reclusión, creemos que este es el espíritu de la norma : " El demente no será privado de su libertad personal, sino en los casos en que sea de temer que usando de ella se dañe asimismo o cause peligro o notable incomodidad a otros. Ni podrá ser trasladado a una casa de locos, ni atado sino momentáneamente, mientras a solicitud del curador o de cualquiera persona del pueblo, se obtiene autorización judicial para cualquiera de estas medidas ".

III. SUSPENSION DE PRESENTACIONES, EJECUCIONES, EXHIBICION DE OBRA TEATRAL, MUSICAL, CINEMATOGRAFICA, FILARMONICA, ETC.

La nueva Ley 23 de 1982 sobre derechos de autor entró a actualizar la Ley 86 de 1946 sobre propiedad intelectual, pero en materia de procedimiento fue producida en su totalidad los artículos 107 a 113 de la Ley 86, sólo se destacan algunas ínfimas modificaciones en materia de terminología, y el trámite verbal para esta clase de proceso cautelar, actualizándolo con el Código de Procedimiento Civil decreto 1400 de 1970 y determinando la competencia para el mismo de acuerdo con las nuevas normas procesales.

La Ley 23 de 1982 dispuso en el capítulo XVIII el procedimiento ante la jurisdicción civil a partir de los artículos 242 a 252 así :

" Artículo 242. Las cuestiones que se susciten con motivo de esta ley, ya sea por aplicación de sus disposiciones, ya sea como consecuencia de los actos y hechos jurídicos y vinculados con los derechos de autor, serán resueltos por la justicia ordinaria.

"Artículo 243. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior los Jueces Civiles Municipales conocerán, en una sóla instancia y en un juicio verbal las cuestiones civiles que se susciten con motivo del pago de los honora - rios por representación y ejecución pública de obras y de las obligaciones con - sagradas en el artículo 163 de esta ley.

" Artículo 244. El autor, el editor, el artista, el productor de fono gramas, el organismo de radiodifusión, los causahabientes de estos y quien tenga la representación legal o convencional de ellos, pueden pedir al juez el secues tro preventivo :

1. De toda obra, producción, edición y ejemplares;
2. Del producido de la venta y alquiler de tales obras, producciones, edición o ejemplares, y
3. Del producido de la venta y alquiler de los espectáculos teatrales, cinematográficos, musicales y otros análogos.

" Artículo 245. Las mismas personas señaladas en el primer inciso del artículo anterior pueden pedir al juez que interdicte o suspenda la representa ción, ejecución o exhibición de una obra teatral, principal, cinematográfica y otras semejantes, que se va a representar, ejecutar o exhibir en público sin la debida autorización del titular o titulares del derecho de autor.

" Artículo 246. Para que la acción del artículo 244 proceda, se requie re que el que solicita la medida afirme que ha demandado o va a demandar a la persona contra la cual dicha medida se impetra por actos o hechos jurídicos vinculados por el derecho de autor, lo mismo que concretará en el libelo.

" Artículo 247. La medida a que se refieren los artículos 244 y 245, se decreta inmediatamente por el juez, siempre que el que lo solicita preste caución suficiente que garantice los perjuicios que con ella pueda causarse el organizador o empresario del espectáculo teatral, cinematográfico, musical, y presente una prueba sumaria del derecho que le asiste. Esta medida puede ser decretada por el juez municipal o del circuito o del lugar del espectáculo, a prevención aun cuando no sean competentes para conocer el juicio. El espectáculo será suspendido sin admitir recurso alguno; en lo demás se dará cumplimiento a las normas pertinentes.

" Artículo 248. Las disposiciones de que trata el libro IV, título XXXV del Código de Procedimiento Civil, sobre embargo y secuestro preventivo, serán aplicables a este capítulo.

" Artículo 249. El que ejercita las acciones consagradas por los artículos anteriores, no está obligado a prestar con la demanda la prueba de la personería ni de la representación que incoa en el libelo.

" Artículo 250. Los acreedores de una persona teatral u otra semejante no pueden secuestrar la parte del producto de los espectáculos que corresponden al autor o al artista, ni esta parte se considerará incluida en el auto que decreta el secuestro, salvo que el secuestro haya sido dictado contra el autor mismo.

" Artículo 251. La demanda debe contener todos los requisitos e indicaciones que prescribe los artículos 75 y 398 del Código de Procedimiento Civil.

" Artículo 252. Admitida la demanda se seguirá el procedimiento verbal

a que se hace referencia los artículos 443 y 449 del Código de Procedimiento Civil. "

Así las cosas, cuando se ha demandado el proceso verbal para proteger los derechos de propiedad intelectual, las medidas a tomar dentro de este proceso (además del embargo y secuestro del producido de los espectáculos teatrales, cinematográficos, filarmónicos y otros análogos) son la suspensión de las presentaciones, ejecución o exhibición de la obra teatral, musical cinēmatográfica, que se va a presentar, ejecutar o exhibir al público sin la debida autorización del titular del derecho de propiedad intelectual. Consideramos que para la suspensión de la mencionada presentación comprende la prohibición de efectuar anuncios al público, impedir la venta de localidades y en su caso impedir el acceso del público a la sala de exhibición, al igual que la orden de efectuar una publicación en los diarios del lugar sobre la situación de la misma, en la página de espectáculos, a fin de enterar al público sobre la suspensión, además de la orden de devolución de los dineros al público por el concepto de las localidades vendidas. Todas estas medidas son las necesarias para la suspensión de la actuación,creemos que dejar pasar estos detalles puede ocasionar más perjuicios al público que a cualquiera de los litigantes. (Ley 86 de 1948, artículo 108,Ley 23 de 1982, Artículo 242). Para el caso de las loterías podrá decretarse, la retención de los billetes, la prohibición de venta de estos etc., tal como sucedió a propósito de una demanda contra un conocido sorteo de loterías en Bogotá; y que cursó en el Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá.

Se entiende por ejecuciones públicas las que se efectúan en teatros, cinines, salas de concierto o baile, bares,clubes de cualquier naturaleza, estadios, circos, restaurantes, hoteles, establecimientos comerciales, bancarios o industriales y en fin donde quiera que se interpreten o ejecuten obras musicales o

se transmitan por radio y televisión, sea con la participación de artistas, sea por procesos mecánicos, electrónicos, sonoros o audiovisuales.

Es competente para conocer de este proceso verbal lo mismo que de las cautelas el juez civil municipal o del circuito a prevención de lugares donde se va a presentar el espectáculo.

Para el decreto de suspensión deberá presentarse caución en los mismos términos que el proceso cautelar general para garantizar los perjuicios que se puedan causar al organizador o empresario; es necesario acreditar prueba sumaria del derecho que se pretende proteger.

Es de anotar también que la suspensión de la presentación puede efectuarse sobre todas las salas de cine o teatros etc., en que simultáneamente se van a presentar.

IV. PROHIBICION DE HACER PROPAGANDA A LOS ARTICULOS PRODUCIDOS CON VIOLACION DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

Entre una de las medidas que autoriza el Código de Comercio con el fin de proteger la propiedad industrial se encuentra la prohibición de hacer propaganda a los artículos que han sido elaborados con violación de los derechos de la propiedad industrial.

Esta medida es genérica toda vez que el juez debe observar las circunstancias prácticas para ordenarla, es decir, de muchas formas puede impedirse la propaganda, ya que esta puede efectuarse de diferentes maneras : por ejemplo: ordenar a una radiodifusora que suspenda o retire de la transmisión una propaganda; ordenar a un periódico que se abstenga de publicar los avisos de propaganda que

han sido ordenados por el demandado; ordenar el retiro de artículos exhibidos en feria, tienda o almacén etc., todo esto es desarrollo de la misma medida para hacerla efectiva (artículo 568 inciso 3o. del C. de Comercio). Estas medidas son de tipo personal toda vez que recae sobre la voluntad de las personas a fin de que se abstengan de hacer algo.

Queremos hacer una referencia más completa aun cuando nos salgamos un poco de la cautela personal respecto del llamado proceso cautelar que ~~implantó~~ el Código del Comercio, para la protección de la propiedad industrial en el art. 568 .

Es uno de los mal llamados " procesos cautelares " en nuestro medio, que consiste en el decreto de las medidas cautelares para impedir que el usurpador de una patente realice actos que violan los derechos del titular de la patente, con él se pretende prohibir al demandado la realización de dichos actos y con - servir la posición de privilegio que tiene el propietario de la patenta,

El actor en dicho " proceso cautelar " deberá formular su petición que desde luego debe reunir los requisitos de una demanda, es decir: la designación del juez, nombre del demandante, del usurpador, hechos que constituyen la usurpación, las medidas que pretende sean practicadas para su protección, los fundamentos de hecho y de derecho; las pruebas que pretende hacer valer, entre ellas el documento que acredite la titularidad de la patente, y los elementos que son constitutivos de usurpación; además, del ofrecimiento de caución y los lugares donde reciben notificaciones las partes y sus apoderados.

Una vez presentada la solicitud con las pruebas requeridas por la ley,

el juez procederá a señalar el monto de la caución que debe constituir el demandante lo mismo que el término en que se debe constituir, a fin de garanziar con ello los perjuicios que se pueden causar al presunto usurpador.

Constituída la caución y calificada por el juez, este decretará las medidas cautelares que considere necesarias para contrarrestar la usurpación; nótese que la lista dada por el legislador en el art. 568 del C.C., es enunciativa, y ello se desprende de la parte final del inciso tercero del mencionado artículo que dice: " O en cualquier otra medida equivalente ".

La providencia cautelar consiste en la prohibición al usurpador de realizar nuevamente actos por los cuales ha sido denunciado, esa es la esencia de la sentencia, de ahí su carácter prohibitivo. Ahora, podrá el juez además imponer al demandado la obligación de constituir caución suficiente, para garantizar el cumplimiento de la prohibición y en caso de contravención a la misma hacer efectiva la caución prestada; además podrá el juez decretar el comiso de los artículos que han sido elaborados y de anunciarlos al público; y el secuestro de la maquinaria o elementos utilizados en el proceso de producción de dichos artículos, o cualquier otra medida que el juez considere necesaria.

Queremos además hacer caer en la cuenta, que el juez tiene en estos casos un poder discrecional, de elegir las cautelares que se requieran para contrarrestar la usurpación; si son necesarias varias medidas pueden decretarlas, el hecho es que contrarreste la usurpación; (es decir, debe observar el periculum in damni para así dosificar la cautela); por ello consideramos totalmente equivocada la providencia del Tribunal Superior de Bogotá que posteriormente pasamos a transcribir, en el sentido de disponer que el juez no tiene posibilidad sino de elegir una de las medidas enunciadas en el artículo 568 del C. de Comercio, y no varias a la vez; pues este no es el sentido de la norma; si son nece -

sarias varias cautelas no hay impedimento para que el juez las decrete; cosa diferente es que el juez deba decretar obligatoriamente todas las cautelas que le solicita el denunciante; pues este debe estar atento a impedir la exageración. Pero si el juez las cree necesarias todas las decreta e incluso las que según su convicción sean más efectivas; pues el inciso primero del 568 del C. de Comercio dispone que: " podrá solicitar del juez que se tomen las medidas cautelares necesarias para evitar que se infrinjan los derechos garantizados al titular de la patente ". Además los juzgadores no deben quedarse en interpretaciones de tipo gramatical, sino consultar el espíritu de la norma, la naturaleza y fundamento de la cautela para así no llegar a providencias absurdas: " TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA CIVIL Bogotá, D.E., Febrero veintiseis (26) de mil novecientos ochenta (1980) Magistrado Ponente: Dr. Salvador Ortíz Lemus Ref.: marcas de Varela Hnos. contra Rosemberg Hnos. e Hijos. Efectuada la tramitación de la apelación y después de que las partes a través de sus apoderados han presentado las alegaciones pertinentes, salvo la sociedad Azulca Ltda., el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala Civil de Decisión, procede a dictar la providencia de fondo con fundamento en las siguientes consideraciones : consta en el expediente que el señor Adolfo Varela González en su calidad de Gerente de la sociedad Varela L. Hnos. S.A. domiciliada en la ciudad de Cali, mediante apoderado, solicitó medidas cautelares contra las sociedades " ROSEMBERG HNOS. E HIJOS " y " AZULCA LTDA. " domiciliada en Bogotá, para evitar que dichas sociedades continúen utilizando en sus productos la marca de las siguientes características : " La representación de una pasta de jabón caracterizada por ser de forma cuadrilátera, sus lados superior e inferior colocados paralelamente y sus lados derecho e izquierdo en forma de semicírculo, los cuales se prolongan ligeramente en cada uno de los lados hasta formar la figura de un óvalo ". La demanda correspondió por reparto al Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá, quien la admitió por auto del 26 de Mayo de 1979 y decretó todas

las medidas cautelares solicitadas por la parte actora, la anterior providencia es la que ha motivado el recurso de apelación ante este tribunal superior. Es evidente que la parte actora es titular de la marca de jabón registrada con la expresión " VARELA " que corresponde a la tercera clase de productos a las cuales se aplican las marcas, según la clasificación establecida en el artículo 2 del decreto 755 de 1972. El aserto anterior se fundamenta en la resolución No. 1382 del 25 de Febrero de 1977, expedida por el Ministerio de Desarrollo Económico a favor de la entidad demandante, cuyo documento obra al folio primer o del cuaderno principal. Se observa que los tres jabones aportados al proceso son iguales en cuanto a la forma, pero distintos en cuanto a la marca, porque en uno se lee " VARELA L. HNOS. S.A. ", en el segundo se lee " ROSEMBERG HNOS, E HIJOS LTDA." y en el tercero se lee " JABONERIA AZULCA LTDA. ". No se oculta ninguno de los señores apoderados de las partes, que al tenor de lo dispuesto en el artículo 593 del C. de Cio. , la marca confiere a la entidad titular del registro el derecho a usarla en forma exclusiva y el de impedir que cualquier otra entidad pueda utilizar otra marca que produzca confusión entre los respectivos productos. Es tan exigente la norma citada, que no permite marcas semejantes o iguales en cuanto a la forma, precisamente para evitar confusiones en los productos y la competencia desleal. El titular de una ~~patente~~ o de una licencia fabril y comercial, cuando se sienta lesionado en sus derechos adquiridos, puede solicitar al juez que tome las medidas necesarias para proteger tales derechos. Además de los requisitos generales de toda demanda el interesado deberá llevar tres requisitos especiales para la prosperidad de su preterción; a) acompañará prueba sumaria la existencia de la usurpación; b) Indicará la manera que se pretende evitar perturbación de sus derechos; c) Prestará la caución que garantice la indemnización de los perjuicios que se puedan causar al presunto usurpador o a terceros. En cuanto al primer requisito, toda la ley civil como la ley comercial permiten excepcionalmente que el juez adopte ciertas decisiones previas,

sin necesidad de que exista tal grado de eficacia probatoria que produzca en el funcionario la convicción de la plena prueba, sino que es suficiente que le parezca verosímil lo que afirma el autor. Tal cosa ocurre cuando la ley permite que el juez decrete medidas cautelares o previas a pesar de que el título aducido para ellas carezca de autenticidad, si tiene la firma de dos testigos (art. 279 del C. de P.C.). En este evento frente a una prueba sumaria documental. Si se trata de testimonio que reúnen los requisitos legales en cuanto a la forma y contenido para originar la convicción del juez, pero se han recepcionado extrajuicio sin citación de la parte contra quien se pretenda hacer valer posteriormente, tales testimonios tienen el carácter de prueba sumaria por falta de controversia. Como la entidad demandante de las medidas previas aportó dos testimonios extrajuicio para respaldar sus peticiones; luego tales testimonios constituyen pruebas sumarias, a tenor de lo dispuesto en el artículo 299 del C. de P.C. En este orden de ideas tenemos que concluir que la entidad demandante justificó sus peticiones y dió cumplimiento al primer requisito exigido por el artículo 568 del C. de Cio. El segundo requisito está excesivamente cumplido en el libelo de la demanda, pues basta leer las seis peticiones previas para comprender fácilmente que el peticionario se extralimitó en sus pretensiones. Es cierto que el artículo 568 del C. de Cio. exige que el autor señale la manera de evitar los hechos que lesionan o perturban sus derechos, pero no puede colocar a la parte demandada en tal situación, que de pronto lo único que le quede por hacer sea su propia liquidación. No quiere el legislador que se extingan las entidades comerciales que han nacido a la vida jurídica y prestan un servicio a la comunidad, sino que si han comprometido su patrimonio por lesionar a otras reparen los perjuicios y cambien sus actitudes, porque esto es de justicia y lo que más conviene a la economía del país. El tercer requisito especial también lo ha cumplido la sociedad demandante al constituir la póliza No. 19802 del 18 de Mayo de 1979, por la suma de \$ 500.000.00 de la Compañía de

Seguros del Estado S.A. cumplidos los requisitos de ley, es apenas obvio que el juez del conocimiento tenía que decretar medidas cautelares contra las dos sociedades demandadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 568 del C. de Cio. La decisión judicial no se hizo esperar y fue así como el 26 de Mayo de 1979 el juzgado del conocimiento decretó las medidas previas solicitadas. En la mencionada providencia el juez a quien ordenó a las entidades demandadas que se abstuvieran de utilizar en sus productos la forma de jabón que tiene registrada la entidad demandante, las conminó con multa de \$ 50.000.00 pesos convertibles en arresto a sus directivos, para que se abstengan de repetir estas infracciones en relación con las características de la marca cuya protección se impetra, ordenó el decomiso de productos fabricados, el secuestro de su maquinaria y elementos que sirven para la fabricación de tales artículos y señaló sendas cauciones de \$ 500.000 pesos a las compañías demandadas. Todas las anteriores medidas cautelares decretadas por el juez a que en forma conjunta no les permite el artículo 568 del C. de Cio., porque la parte pertinente está contenida en una proposición disyunta que establece varias alternativas para frenar preventivamente los presuntos abusos de usurpación o perturbación de derechos adquiridos con justo título. La norma citada de C. de Cio. permite que el actor señale la manera como pueden evitarse los abusos de la parte demandada, pero no otorga atribuciones al juez de conocimiento para que decrete conjuntamente todas las medidas solicitadas, sino que según su criterio, escoja y decrete la medida cautelar más conducente para tal efecto. Para mayor comprensión de lo anterior, es preciso tener en cuenta que la proposición disyuntiva está constituida por partes antitéticas o ideas que aunque no sean contrapuestas, tan poco son conexas ni se complementan. Por consiguiente, las partes de la proposición disyuntiva son independientes en su contenido y si se toma una de ellas, no se sigue que necesariamente tenga que decretarse todas las demás, porque entonces estaríamos frente al cumplimiento de una proposición copulativa compuesta, en la

cual todas las partes son complementarias y se deben tomar en forma conjunta. Sentados los anteriores criterios, y para mejor comprensión de las razones expuestas, es preciso transcribir la norma pertinente del C. de Cio. que a la letra dice: " Las medidas cautelares deberán constituir en obligar al usurpador a prestar caución para garantizar que se abstendrá de realizar los hechos por los cuales ha sido denunciado; en el comiso de los artículos fabricados con violación de la patente y la prohibición de hacer propaganda; en el secuestro de la maquinaria o elementos que sirven para fabricar los artículos con los cuales se infrinja la patente, o en cualquier otra medida equivalente ". Lo subrayado es del tribunal. Fijémonos que la última parte contiene una partícula disyuntiva que afecta toda la proposición contentiva de la norma legal. Por eso es que sostenemos que es una proposición disyuntiva que establece varias posibilidades, cuyas partes están separadas por punto y coma (;), pero afectadas de la partícula disyuntiva que establece las diferentes alternativas para decretar la medida cautelar. Si la norma del artículo 568 tantas veces citada dijera textualmente: Y en cualquiera otra medida equivalente, esto significaría que nos encontramos frente a una norma formulada mediante una proposición copulativa, cuyas partes manifiestas deberían cumplirse conjuntamente con otra medida equivalente que se le ocurriera pedir a la parte actora. Esto sería dejar al capricho del demandante la existencia de una sociedad comercial y la estabilidad de la economía privada, con fundamento en una prueba sumaria, que como su nombre lo indica no es plena y puede ser desvirtuada dentro de los cuatro meses siguientes contados a partir de la fecha del auto que decretó las medidas cautelares. Por otra parte, es cierto que el juez del conocimiento tienen poder disciplinario para sancionar con multas convertibles en arresto a los empleados públicos o a los particulares que incumplan sus órdenes, pero para decretar tales medidas, es necesario partir de un resultado de incumplimiento y motivar la providencia que la decrete. Por consiguiente, no puede presumirse el incumplimiento por la simple pe

tición del actor y decretar la sanción sin prueba por lo menos sumaria de in cumplimiento. Luego la comminación a cada una de las entidades demandadas con multas sucesivas hasta de \$ 50.000.00 pesos es improcedente y debe revocarse. En este mismo orden de ideas y habida cuenta de la naturaleza de la proposición contentiva de la norma que permite decretar medidas cautelares en el presente caso, no es procedente ordenar conjunta y simultáneamente el decomiso de los productos fabricados por las empresas demandadas, el secuestro de maquinaria y la fijación de sendas cauciones por la suma de \$ 500.000.00 para responder por los hechos de los cuales han sido denunciados. Estas son medidas conjuntas e ilimitadas que rebasan la cuantía determinada por parte demandante y contrarían la semántica del artículo 568 del C. de Cio. y el artículo 513 del C. de P.C.. En consecuencia de lo anterior, no deben mantenerse conjunta y simultáneamente las tres medidas cautelares decretadas por el juez a que, sino una sola de las tres alternativas, que expresamente indican el artículo 568 del C. de Cio. Como de las tres alternativas solamente se ha prestado caución de parte de la entidad recuperante por la suma de \$ 500.000.00 pesos de la Compañía de Seguros Patria S.A.; luego tal medida cautelar debe mantenerse concretada a una de las sociedades demandadas y revocar las otras dos improcedentes. Las razones anterior es suficientes para comprender que los numerales tercero y cuarto de la providencia recurrida debe revocarse en su totalidad y confirmar el auto en todo lo demás".

Salvamento de Voto. "Con el debido respeto que me merece los compa^ñeros de sala, me permito a continuación dar las razones a que me impulsan salvar el voto dentro del auto que desata la segunda instancia. El proceso que tuve a conocimiento es manifestado respecto a las medidas cautelares previstas en el artículo 568 del C. de Comercio, lo siguiente: " ... débese entonces analizar la finalidad de las medidas cautelares. Como se desprende de las normas

pertinentes consagradas en el C. de Cio., actualmente vigente, tales medidas per siguen amparar al propietario titular de una patente o de una licencia o de una marca, de la competencia desleal de que utiliza la patente o licencia o la marca de propiedad de otro, para elaborar y vender productos causándole al titular un perjuicio económico y hasta inmaterial como son, disminución de ventas y en un momento dado " descrédito " del producto si no es de la calidad del original. Pe ro, además conlleva una sanción al infractor por la violación de su deber de comerciante de hacer competencia dentro de los límites legales o sea, una competen cia leal. Teniendo en cuenta la finalidad de tales medidas cautelares deben con cluir que el titular puede solicitar y el juez debe decretar todas aquellas previstas por la ley y no una de ellas con exclusión de otras cuando han sido solicitadas todas. La razón lógica es, la norma pertinente (artículo 568 del C. de Cio.) consagran medidas cautelares para impedir actuaciones futuras del infractor, tales como la caución para que se abstenga de realizar los actos por los cuales infringió los derechos garantizados y la patente o la licencia o la marca y el secuestro de la maquinaria o elementos utilizados para impedir la producción de los artículos o bienes con los cuales se cometió la infracción y medidas tendientes a lograr que no se sigan causando perjuicios con los bienes ya elaborados y puestos en el mercado, como en el comiso de tales productos; con los cuales se impide su venta al público y por ende el perjuicio para el titular del derecho ". Es por lo anterior que no comparte en parte las motivaciones de la provincia respecto de la cual salvo el voto, así como de la parte resolutive de la misma " (1).

Este proceso termina con auto que decreta o niega la práctica de las cautelas y es apelable para el primer caso en el devolutivo y en el segundo en el suspensivo. Esta providencia deberá ser notificada personalmente al presunto infractor para que se abstenga de realizar los actos que constituyen usurpación.

La apelación del auto que decretó la cautela puede concederse en el efecto suspensivo, constituyendo caución para garantizar los perjuicios que pue da ocasionar con el no cumplimiento de la providencia recurrida.

El término para presentar la demanda que puede el infractor intentar es de los cuatro meses siguientes a la fecha del auto que decretó la medida cau telar deberá ser tomado desde la fecha en que fue notificado el presente infrac tor de la prohibición de realizar actos que constituyen usurpación o désde la práctica de las medidas si estas son tomadas con anterioridad a la notificación porque si le está corriendo un término de caducidad al presunto infractor sólo podemos contarlos desde la fecha en que tiene conocimiento de la cautela, ya que estas pueden ser practicadas después de los cuatro meses del decreto y por ello no podríamos alegar que caduco el derecho de alegar la legalidad de la conducta del presunto infractor.

Es aplicable todo lo anteriormente dicho a dibujos y modelos industriales (581); marca de productos y servicios 597 C.Co; marcas colectivas artícu lo 602 C. CO); nombres comerciales y enseñas (609 del C.CO); con la única salvedad que el trámite de dicho proceso cautelar es el mismo que se le dá al proceso abreviado y las cautelas o prohibición de utilizar el nombre comercial se produce por sentencia. Por último es competente para el conocimiento de estos procesos cautelares el juez civil del circuito de Bogotá y entre ellos, aquel o aquellos que el tribunal del Bogotá deberá designar de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 16 de 1968.

Ahora bien, considero totalmente absurdo lo reglamentado por el Código del Comercio en el mencionado artículo 568 toda vez que creó un " proceso caute lar " Autónomo, es decir, no se consultó la naturaleza jurídica ni el fundamen

to de la cautela, ni su finalidad. Esto es, "asegurar los defectos de una sentencia futura".

Aquí nos preguntamos ¿Qué, tratan de asegurar estas cautelas? y ni siquiera se observan las notas características ya debatidas por la doctrina. Instrumentalidad; pues no la hay porque no están dichas medidas a la espera de la sentencia futura que habrá de darle el derecho al demandante o no; provisionalidad: esta puede no existir toda vez que según la estructura de la tramitación las puede hacer permanentes, si no se demanda un futuro proceso y como gran error del código coloca a quien soporta la cautela en la necesidad de demandar un proceso ordinario para demostrar que no es usurpador.

De otro lado si lo que se pretendía era dar protección a la propiedad industrial debió establecerse que el proceso en donde se discuten o no la legitimidad de la actuación de un comerciante se pudieran tomar dichas cautelas, las que habrían de esperar el fallo definitivo. Consideró además que esta forma de "proceso cautelar", rompe los principios de igualdad de las partes y el derecho de la defensa del demandado.

También es de anotar que a través del proceso cautelar tampoco se obtiene la indemnización de perjuicios, pues el perjudicado con dicha conducta debe iniciar proceso ordinario para la indemnización, proceso en el cual se tendrá en cuenta las cautelas (2); es decir, si el perjudicado no inicia el proceso de indemnización que es allí en donde le ha de servir de la cautela; ni el presunto usurpador demanda el proceso para demostrar que su conducta no es usurpadora tendremos unas cautelas practicadas para la eternidad.

CITAS 24

- (1) TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA. Febrero 26 de 1980. Magistrado Ponente : Dr. Salvador Ortíz Lemus.
- (2) Contrario a este criterio se expresa nuestro Profesor MANRIQUE GUZMAN, Daniel .

MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIALES

25

CAUCIONES PROCESALES

I. CONCEPTO DE CAUCION

Las cauciones tienen origen en el derecho romano, y al decir del profesor Tome Paule (1) la actio per sacramentum constituye un procedimiento caucional (2), a cuyo estudio no entramos ya que sería objeto de otro trabajo. Constituye una preocupación de los procesalistas que las cauciones se puedan convertir en una forma de obstáculo para el ejercicio de los derechos.

Sin embargo, hemos de considerar que antes que un obstáculo constituye una garantía de seriedad a ciertas actuaciones procesales; dejarlas totalmente al arbitrio de los litigantes podría causar más perjuicios que beneficios por otras actuaciones.

Si bien es cierto, que en el embargo, al deudor se le considera sospechoso de que se sustraerá al cumplimiento de la sentencia, no podemos dejar de pensar que al embargante habrá de colocársele en una situación más o menos igual para exigirle una serie de garantías que respondan de sus actuaciones en caso

de mala fe o falta de seriedad al tomarse las cautelas.

Por ahora diremos que las cauciones procesales son medidas cautelares, en caminadas al aseguramiento de los efectos negativos que han de producir otras actuaciones procesales.

II. NATURALEZA JURIDICA DE LA CAUCION

Nos corresponde demostrar la naturaleza cautelar de las cauciones.

A) SON MEDIDAS CAUTELARES

Hemos afirmado en nuestra definición que las cauciones son medidas cautelares; pero demostrará esta naturaleza, si se hacen coincidir todas y cada una de las notas características de estas :

a) Instrumentalidad. Al hablar de proceso cautelar, nos referimos como un instrumento de la sentencia (3) en la medida en que asegura sus efectos.

Como las cauciones son medidas cautelares, que no alcanzan a constituir un proceso cautelar, por ser de carácter embrionario, es decir, que no lo alcanzan a configurarlo, no por ello, podemos concluir que esta nota característica no le comparece ya que la caución se constituye en algunos casos como instrumento del proceso cautelar, o de otro lado, instrumento de otras actuaciones que han de producirse dentro del proceso.

No alcanza a constituir proceso, ya que no podríamos, hablar de una " acción de caución " ni de una " pretensión de caución "; elementos básicos (acción y pretensión) para la estructura del proceso. Ello constituye una carga para quien pretende una providencia, o la suspensión de unos efectos etc.

Con este mismo criterio se pronunció el maestro Calamandrei (4) al reconocerle el carácter cautelar a las cauciones observándolo como una " condición " para la obtención de una providencia judicial.

El regimen jurídico de las cauciones y de los contratos de garantía es común y se rige por derecho civil, pero las circunstancias de nacer este tipo de cauciones en ocasión del proceso, obliga a examinar aquellos a la luz de los principios del derecho procesal.

Contempladas desde este punto de vista, las cauciones son actos procesales cautelares. Nacen con ocasión del proceso, acceden a este, subsisten mientras exista la razón que los justificó y cesan cuando aquella desaparece. No están a merced de la voluntad de las partes, como los contratos sino a merced de lo que los jueces determinen, con arreglo a la ley. Su condición de actos accesorios de otros principales es evidente; como lo es, también en todo en lo que no se halle estatuido por Derecho procesal, rige el derecho civil al cual originalmente esos actos pertenecen.

Para el Profesor SERRA DOMINGUEZ (5), "las cauciones tienen una función cautelar genérica "; pero al mismo tiempo niega tal naturaleza (6) diferenciando la caución de la medida cautelar y afirmando que no requieren un procedimiento y que son en su esencia medidas principales como carga procesal dejando a la libre voluntad del solicitante.

Podemos atrevernos a refutar tal posición diciendo ; que la naturaleza cautelar de una providencia no se determina por su carácter principal o no; pues con ello no delimitaríamos correctamente tal naturaleza; de otro lado, la providencia de embargo es una providencia principal y la más importante en

el proceso cautelar que no por ello deja de ser cautelar. Asimismo, la falta de un procedimiento para las cauciones no le desvirtuan tal carácter sino que por ello es que no alcanzan a configurar un proceso cautelar sino simplemente medidas de tal carácter. Sin embargo, el profesor SERRA llega equivocadamente a tal conclusión pues considera que si a las cauciones se les da un carácter cautelar también a la hipoteca (7) deberá reconocérsele tal carácter, pero ya lo hemos dicho en el embargo, que la hipoteca es una figura material por fuera del proceso y las cauciones que se ordenan dentro del proceso tiene el carácter netamente procesal. Consideramos de otro lado que la confusión se presenta al no delimitar el concepto de cautelares, frente al concepto de prevención (8) y ello lleva a afirmar cuestiones contradictorias como esta " no se puede distinguir en ellas verdaderos presupuestos, sino tan solo situaciones jurídicas procesales condicionadas a su efectiva prestación. Tiene evidentemente una finalidad cautelar, pero no son medidas cautelares jurisdiccionales " (9).

El profesor TOME PAULE (10) llegó a la conclusión de no considerar las cauciones como medidas cautelares con base en el hecho de la " garantía " la nota esencial y característica de las cauciones. Pero debemos decir que el embargo preventivo también se presenta como garantía del cumplimiento de los efectos de la sentencia, y no por ello deja de ser cautelar; este carácter existe también en las cautelas aún cuando no sean determinantes. Explica el mismo profesor su posición con base en que: a) La falta de independencia del procedimiento de las cauciones frente al proceso cautelar que es " autónomo " (11), pero esta posición ya fue clarificada en la naturaleza autónoma o dependiente del proceso cautelar (12); allí dijimos que el proceso cautelar depende del principal, pero a su vez es independiente en su tramitación, o sea, corre paralelo a este. Precisamente, la falta de procedimiento (dependiente o independiente) es lo que impide que constituya proceso cautelar; sólo es medida, y así lo observa el

profesor Jaime Guasp : " ahora bien, la caución procesal, tal como acaba de ser analizada, no constituye en realidad un proceso cautelar autónomo, sino que es simple medida inserta dentro del proceso en que la cautela se exige. No hay un proceso cautelar dirigido a obtener la caución del demandante, ya que el hecho de tratarse de una carga de este, simplifica la exigencia de la misma, subordinando, sin más, a su obtención el seguimiento válido de las actuaciones procesales ulteriores. De aquí que la caución sea una medida cautelar, pero no un proceso cautelar, en el verdadero sentido de la palabra, y su regimen jurídico, se analiza al tratar de cada uno de los procesos donde la caución es reclamada " (13):

Por ello, no podemos negar el carácter cautelar de las cauciones. Como segundo aspecto (14), el mencionado profesor Tome Paule distingue dos clases de finalidades en una u otra figura: " el proceso cautelar, afirma ", asegura la efectividad de la resolución que puede recaer " y en cambio la caución: " el aseguramiento del pago de responsabilidades pecuniarias ". Creemos que con este planteamiento no existe la tal diferencia ya que la caución pretende también asegurar los efectos negativos que produce la actuación jurisdiccional (embargo); lo que sucede es que son diferentes como las caras de la moneda: si el embargo preventivo debe surtir todos sus efectos porque la sentencia ha sido favorable al demandante, la caución no aseguró absolutamente nada; si la sentencia es desfavorable a este, la caución producirá todos sus efectos y el embargo no habrá asegurado nada. Las dos cautelas (por su estructura, el proceso y la otra medida cautelar) juegan con la eventualidad, ambas están bajo la misma expectativa, es decir, respecto al fallo definitivo que habrá de establecer cuál cautela debe tornarse en ejecutiva.

Se plantea (15) también una diferencia entre proceso cautelar y caución con base en la dependencia o independencia del proceso principal. Realmente

aquí existe una confusión entre la oportunidad para la ejecución del proceso cautelar y la subordinación del proceso principal; aunque la cautela pueda ser tomada con anterioridad a ser demandado el proceso principal (embargo preventivo para España; sistema no existente en Colombia), este dependería, su vida y su eficacia a tal proceso futuro; de tal manera que si el principal no es demandado, dicho embargo no habrá asegurado ninguna futura sentencia; y de ahí porque no constituye un proceso independiente del principal, tendría tal independencia si no estuviera ligado a la demandada del proceso futuro.

Por lo anterior expuesto concluimos, que las cauciones son medidas típicamente cautelares, y a dicha posición llegan los profesores MANUEL DE LA PLAZA, VICENTE HERCE QUEMADA, VICTOR FAIREN GUILLEN, JAIME GUASP DELGADO, entre otros.

b) Provisionalidad. La nota de provisionalidad de las cauciones, no tiene dificultad, toda vez, que estará pendiente del resultado final, para tornarla en ejecutiva, para el pago de la indemnización; esto quiere decir que las cauciones tendrán una vida corta como toda cautela.

c) Mutabilidad. Al juez corresponde señalar la clase de caución y su monto, según lo que se pretenda asegurar, es por ello que el juez puede modificarla según las circunstancias de peligro de daño; si el monto es discrecional el juez podrá aumentarlo cuando sea necesario o puede ordenar se preste de otro tipo porque los riesgos lo exigen.

B) ASEGURA LOS EFECTOS NEGATIVOS QUE HAN DE PRODUCIR OTRAS ACTUACIONES PROCESALES.

La caución como medida de cautela que es, se encamina a asegurar los efectos nocivos de ciertas actuaciones judiciales, cuando estas, no sean acogidas.

bles por el fallo definitivo. Si los efectos nocivos se producen, la caución entrará servirá como indemnización, y por lo general, hay que tomar medidas frente a litigantes a intervinientes dentro del proceso que asegura los efectos nocivos que producen sus actuaciones judiciales.

III. FUNDAMENTO DE LAS CAUCIONES

El fundamento de las cauciones es el peligro de daño a que están expuestos los ciudadanos, con ciertas actuaciones judiciales.

Si de un lado, el derecho puede verse amenazado por la lentitud normal o anormal del proceso, y el cual debe protegerse con las cautelas; de otro la ley no puede dejar la puerta abierta al abuso del mismo derecho, y por ello se pone en guardia frente a tal eventualidad con las llamadas cauciones. La práctica de un embargo implica la posibilidad de perjudicar a quien ha de soportarlo, y la eventualidad parte también de la imposibilidad de saber quien tiene el derecho; el juez sólo actúa inicialmente bajo la apariencia de aquel; y es por ello que no debe descartar la posibilidad de darle la razón al demandado.

" Singularísima es a este respecto la función que, sobre esta apreciación del peligro en relación al previsible contenido de la providencia principal, tienen las cauciones (let.d): las cautelas, para suavizar los inconvenientes que podría derivar de errores de previsión, dan al juez la posibilidad de acordar en vía cautelar, junto a la medida dispuesta para la hipótesis de que la providencia principal sea favorable al solicitante, una contramedida destinada a funcionar en el caso que la providencia principal le sea desfavorable. El secuestro conservativo, por ejemplo, que se concede en previsión de la subsistencia del crédito, puede ir acompañado de la imposición de una caución, ordenada en previsión de su insubsistencia: de este modo cualquiera que pueda ser el resultado del juicio de mérito, la providencia cautelar siempre encuentra el medio para cooperar

el buen éxito de la providencia principal: el juez, a través de esta posibilidad de una doble previsión, se encuentra exonerado de los riesgos que supone de ordinario el peligroso oficio de preveer el porvenir " (16).

IV. TIPOS DE CAUCIONES

De acuerdo con nuestra legislación, podemos establecer dos formas de cauciones procesales: unas son las que constituyen por sí mismas cautelas y otras que actúan como contracautelas, como las que se toman con ocasión de la ejecución de procesos son medidas cautelares.

La forma más frecuente de manifestación de cauciones en el campo del proceso es la de medidas de cautela o de contracautela.

" En el primer caso constituyen la protección contra los daños que pudiera causar el juicio que debe regirse en cierta inferioridad de condiciones. Tal es el caso de la caución de arraigo. La caución actúa como una cautela. Mediante ella se corre el riesgo a que queda expuesto el demandado.

En cambio, debe hablarse de la caución, como contracautela siguiendo en esto el léxico de la doctrina, cuando se exige, por ejemplo, en el derecho uruguayo, la garantía de la responsabilidad que pueda derivar del embargo preventivo. El embargo es en sí mismo, una cautela, una protección excepcional del derecho del presunto acreedor. La fianza, que cubre el riesgo de que tal embargo sea indebido, es una contracautela. Protege contra el exceso de protección ." (17).

A) CAUCIONES QUE POR SI SOLAS CONSTITUYEN CAUTELAS.

Las cauciones son medidas cautelares que previenen efectos dañosos de

ciertos actos procesales " (18) constituyen cautelas en sí mismos, porque entran a garantizar una actuación procesal determinada, y cuando la ley así lo dispone es requisito indispensable su constitución para tramitar una actuación diferente de otras cautelas. Entre las cauciones que constituyen cautelas tenemos:

a) Caución del agente oficioso procesal. Artículo 47 del C.P.C., constituye una cautela la caución que debe prestar la persona que demanda sin poder, y se trata de una cautela en sí misma, pues ella pretende asegurar los perjuicios que se llegaren a causar al demandado, lo mismo que las costas si la persona que está ausente o impedida para otorgar el poder, y no lo ratifica dentro de los dos meses siguientes a la presentación de la caución.

Este es uno de los casos que la ley misma da el término para constituir la cautela, que es de diez días contado a partir de la notificación del auto que admite la demanda. Es de anotar también que el juez debe en este caso señalar su monto discrecionalmente, pues debe tener en cuenta la naturaleza del proceso intentado y lo que se pretende en la demanda.

Si la caución no es posible la notificación del auto admisorio; por lo tanto, si venció el término y no se constituyó la cautela se dará por terminada la actuación que no constituyó proceso pues el auto admisorio no fue notificado al demandado. Prestada la caución, se notifica la providencia admisorio al demandado y el proceso se suspende hasta cuando se venza los dos meses para la ratificación del poder; si no fuere ratificado, con la caución prestada se pagarán los perjuicios y costas que se hayan causado de lo cual se procederá a su liquidación.

b) Caución del secuestre. Todo secuestre debe prestar caución para responder por los bienes (conservación, frutos etc.) que se le confían, pues es

te es responsable de los deterioros o pérdidas de los bienes que se le han entregado; por lo tanto, una de sus funciones es efectuar las diligencias necesarias para la conservación y seguridad de los mismos. La no prestación de la caución dará lugar a su remoción y a las sanciones establecidas en el artículo 11 del C.P.C. (art. 688 número 1). Tanto el término como el monto de la caución que determinan a discreción del Juez (art. 683 inciso 4). Se exonera de caución al tenedor que por probar un derecho se le dejan en calidad de secuestre, o al opositor en su caso ; cuando el secuestre es nombrado de común acuerdo por las partes, aquel deberá prestar la respectiva caución a menos que estos los exoneren.

c) Caución en recurso de revisión. El recurrente en revisión deberá prestar caución de la naturaleza y cuantía que el Juez le señala y en el término discrecional que este considere. La caución tiene por objeto garantizar los perjuicios que el recurrente pueda ocasionar a quien no fuere parte en el proceso al cual ahora se le revisa su sentencia, lo mismo que las costas y multas a que diere lugar la actuación en caso de no prosperar el recurso.

La prestación de la caución es requisito para la tramitación del recurso, pues solamente prestada esta, calificada y aceptada, por el Juez se podrá pedir el expediente a la oficina en que se encuentren.

Una vez llegue el expediente al Tribunal que conoce de la revisión se procederá a estudiar su admisión. La inadmisión de la demanda de revisión da lugar a sancionar al recurrente con multa de quinientos a mil pesos, para cuyo pago se hará efectiva la caución prestada.

Es de anotar que el Tribunal competente solamente observará los requisi

tos formales de la demanda y que se puedan determinar en ese momento, para el señalamiento de la caución pues no podrá estudiarlos todos porque aún no tienen en el expediente y solamente constituida la caución se pedirá el expediente a la oficina que lo tenga y se procederá a estudiar su admisión.

Al respecto dice el profesor: HUMBERTO MURCIA BALLEEN " para que el revisionista pueda cumplir con esta carga procesal, es indispensable, y así lo ordena la ley (art. 383-1 C.P.C.) que si la demanda reúne los requisitos antes mencionados y se presenta en tiempo que la Corte o el Tribunal señale y determine cualitativa y cuantitativamente la referida caución. Para la determinación del monto de la garantía el juez deberá hacer uso de sus facultades discresionales, y para fijar la clase, como la ley no la determina específicamente, se entenderán las regulaciones del artículo 678, ibidem según el cual las cauciones pueden ser " en dinero, reales, bancarias u otorgadas por compañías de seguros o entidades de crédito legalmente autorizadas para esta clase de operaciones ". " De los términos en que se haya concebida la norma legal en momento parece que la fijación de la caución sólo es pertinente si la demanda es admisible, si ese libelo no reúne los requisitos de forma, no tiene razón el señalamiento de ga-rantía. Así lo adoctrina la Corte en su auto del 20 de Junio de 1979. proferido con ponencia nuestra en la revisión propuesta por Leonor González de Castro frente al Banco Central Hipotecario, al expresar: 1.- El artículo 383 del C. de Procedimiento Civil , que es justamente el que determina el trámite que debe imprimirse al recurso extraordinario de revisión, muy claramente establece que presentada la demanda, mediante la cual se interpone, la Corte o el Tribunal que la reciba examinará si reúne los requisitos exigidos, por los artículos 381 y 382 y que si los encuentra cumplidos señalará la naturaleza y cuantía de la caución que debe constituir el recurrente... " (subraya la sala). Agrega esta norma que prestada y aceptada la caución se solicitará el expediente en la ofi

cina que se halle, y una vez recibido resolverá sobre la admisión de la demanda; preceptúa además que ésta se declarará admisible, entre otros casos, cuando no reúna los requisitos legales. " Lo cual significa, lógica y naturalmente, que si la demanda mediante la cual se propone dicho recurso no reúne los requisitos formales, no procede señalar la caución sino reconocer la ineptitud de dicho libelo y pronunciar, por tanto, su inadmisibilidad. Puesto que si la ley condiciona la tramitación del recurso a la prestación y aceptación de la caución y a la vez suspendida la fijación de esta al hecho de que la demanda observe todos los requisitos de forma, entonces el incumplimiento de esta exigencia tiene que conducir, como es apenas obvio, al resultado de la no admisión de la demanda. " Interpretación esta que se acompasa armónicamente no sólo con el claro texto de la norma legal en comento, sino también en el principio de la economía procesal, cuyo desconocimiento o quebranto resultaría inequívoco al exigir al recurrente en revisión el otorgamiento de una caución frente a una demanda que, inmediatamente después de prestada aquella garantía se irá a inadmitir por no ajustarse en su estructuración formal a las exigencias legales pertinentes ". " Por tanto, para la admisibilidad del recurso el recurrente tiene que constituir, dentro del término que se le señale en el auto respectivo, la caución de las condiciones que en esa providencia se determinen. Y prestada oportunamente que sea tal garantía, el juez debe calificarla para advertir si es suficiente, tal cual lo manda el artículo 679 Ibidem, en auto^o contra el cual solamente procede el recurso de súplica (art. 680 del C.P.C.) " muy frecuentemente ocurre en los recurrente en revisión para cumplir con la referida carga procesal , obtiene pólizas de compañías de seguros en las cuales se limita la caución " al tiempo que dure el proceso ", lo que, como lo ha dicho la Corte, la torna insuficiente y por ende inaceptable. En su auto de 5 de Septiembre de 1975 dijo en efecto la Corte, y lo ha reiterado en múltiples providencias posteriores, " si tales perjuicios se causaren ellos, debe pagarse al afectado con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia que pone fin al proceso revisorio

(pues en ella es en donde se imponen la condena por ese aspecto), y que por lo mismo, la caución que garantiza su pago no puede limitarse en el tiempo de su vigencia hasta la terminación del proceso " , como aquí se hace. Aceptar la caución prestada con esa delimitación temporal equivaldría, ni más ni menos, a dejar sin garantía de pago los posibles perjuicios que se causen con el recurso de revisión, lo que contrario a la ley ". De acuerdo con lo que establece -el inciso 2 del artículo 383 del Código de Procedimiento, tal cual quedó con la reforma que de él se hizo por el artículo 4o. de la Ley 22 de 1977, una vez que la Corte o el Tribunal reciba el expediente de la oficina judicial en la cual se hallaba " resolverá sobre la admisión de la demanda y las medidas cautelares que en ella se soliciten ". Sin embargo, es preciso recordar que para fijar la caución la demanda debió merecer, por parte de la Corte o el Tribunal, una inicial aceptación de su idoneidad formal, según lo ordene la primera parte del precepto legal anticipado lo cual significa, si se ponen en concomitancia estas dos disposiciones, que la prestación de la caución no obliga a dichas corporaciones a aceptar en todo caso la demanda, pues esta puede resultar inepta al relacionar su contenido con los hechos o circunstancias que aparecen en el expediente, como lo sería verbo y gracia, que contrariamente a lo que en ella se afirma, la demanda no se presentó dentro del término legal, o no se dirigió contra todas las personas que ha debido dirigirse. De lo cual tiene que seguirse que el análisis en torno a la admisibilidad formal de la demanda de revisión puede y debe hacerlo la Corte o el Tribunal en dos oportunidades diferentes : primero, inmediatamente después de presentada y como presupuesto indispensable, para fijar la caución: y segundo, una vez que reciba el expediente contentivo del proceso a cuya reapertura se aspira. Y aun cuando el estudio que se hace en las dos oportunidades conduce al mismo y único fin, cual es la admisión o inadmisión de la demanda, dicho análisis sucesivo no resulta lógico si se recuerda para proceder al primero se está en presencia únicamente de la demanda, y que

para el segundo ya se debe relacionar el contenido de ésta con los datos que arroje el expediente: si entre aquel y éstos hay disconformidad, tal desarmonía puede llevar a la inadmisión de la demanda que inicialmente se consideró idónea. " Impone la condena por ese aspecto, y por lo mismo, la caución que garantiza su pago no puede limitarse en el tiempo de su vigencia " hasta la terminación del proceso " como aquí se hace. Aceptar la caución prestada con esa delimitación temporal equivaldría, ni más ni menos, a dejar sin garantía de pago los posibles perjuicios que se causan con el recurso de revisión, lo que es contrario a la ley " (19).

La no prestación de la caución conduce a su indemnización y por lo tanto a condena en multa de dos mil a diez mil pesos.

Si por no prestarse la caución se inadmite la demanda de revisión ¿ Podrá intentarse nuevamente ? La anterior pregunta suscitó un debate doctrinario a propósito de una providencia de la Corte Suprema de Justicia en que negó la posibilidad de intentar nuevamente el recurso de revisión. Esta providencia fue atacada con conceptos de lo más florido de nuestros procesalistas; por ello consideramos muy importante reproducir tanto la providencia como los conceptos para observar las razones de uno y otro. Veamos : " Según lo dicen testimonios dignos de credibilidad, durante los primeros tres años de vida del actual Código de Procedimiento Civil, la Corte venía admitiendo las demandas de los recursos de revisión que por diferentes razones había rechazado en oportunidades anteriores. O sea, que entonces estimaba la Corporación que el rechazo de una demanda revisoria no implicaba que las fallas que habían determinado la inadmisión de una demanda no se pudieran corregir en una nueva.

" Tal criterio, lo cuentan autorizados testigos, dió pié para que recurrentes que consideraban elevada una caución señalada no le presentaran, o fue-

ran indiferentes en el plazo para otorgarla, contando con la posibilidad de presentar el mismo recurso en sucesivas y repetidas demandas; o para que quienes escriban tales libelos con defectos formales, por lo cual se los rechazaban, formularán nuevas demandas y cuántas veces fueran necesarias hasta obtener su admisión. Así las cosas, mediante auto del 20 de Septiembre de 1974 proferido con ponencia nuestra, la Corte Suprema cambió su doctrina, la que desde entonces ha mantenido inmutable muy a pesar de los importantes esfuerzos que distinguidos abogados han hecho con el propósito de arrasarla, en el sentido de sostener que la inadmisión de la demanda de revisión, por deficiencias u omisiones imputables exclusivamente a la culpa del recurrente, trae como consecuencia la consumación del acto procesal respectivo y, por ende, la preclusión del derecho a ejercitarlo nuevamente, muy a pesar de que aún no haya vencido el plazo establecido por la ley para proponerlo. En la referida providencia la Corte inadmitió la segunda demanda del Banco del Comercio, mediante la cual solicitaba la revisión de una sentencia del Tribunal de Bogotá después de habersele rechazado la primera por no estar dirigida contra todas las personas que habían interveído en el proceso de quiebra que buscaba reabrir. Y para sustentar su flamante doctrina, dijo ese alto tribunal de justicia: 1.- El proceso, que la unión concadenada de los actos realizados por las partes y por el juez mediante los cuales se busca la efectividad de los derechos subjetivos a través de la sentencia, no puede perpetuarse en el tiempo; poderosos motivos de interés general reclaman que su duración sea esencialmente temporaria, pues que si así no fuere las relaciones jurídicas individuales jamás tendrían certeza, lo que iría en desmedro del orden público y de la paz social. Como lo tiene dicho la doctrina ordinaria y normalmente el proceso termina con la sentencia, que es la manifestación mediante la cual el juez, aplicando al caso litigado la voluntad abstracta de la ley, resuelve el conflicto sometido a su jurisdicción. De ahí que, respondiendo a aquella necesidad, los legisladores hayan consagrado

el principio de la cosa juzgada como el fin natural del proceso, fenómeno que se traduce en la inmutabilidad de la sentencia firme proferida en los juicios contenciosos.

" El principio de la cosa juzgada, se ha dicho no es sin embargo absoluto, puesto que la inmutabilidad de los fallos ejecutoriados tiene que ceder en ciertas circunstancias a una necesidad superior, cual es la de no tolerar una sentencia ganada injustamente. Pero si bien ello es verdad, no lo es menos que el recurso extraordinario de revisión, que es el medio excepcional consagrado por la ley para rescindir, no obstante su firmeza, una sentencia injusta, no puede quedar al arbitrio de los litigantes para que estos a su talante lo ejerciten en las oportunidades, en forma y por los motivos que quieran.

" 2.- Dada la finalidad última " como el proceso se persigue, razones de necesidad política exigen que en su marca reine el orden, la claridad, la certeza de las decisiones pues con una positiva regulación de la actividad de los funcionarios y de las partes que en él intervienen, acatada sin reserva por aquellos y por estas, el proceso es garantía de los derechos ciudadanos.

" Para alcanzar esta meta se ha consagrado, como orientación general en la actividad procesal, el principio de la preclusión, también llamado en la eventualidad, y que al decir de la doctrina moderna consiste en la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal. (Eduardo Couture, Fundamento del Derecho Procesal Civil pág. 196).

" Refiriéndose a los efectos de dicho principio, dice el autor en cita que está representados por el hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollan en una forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de

ellas impidiéndose el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados (ob. cit. p. 194).

" Hablando del principio preclusivo dice Manuel de la Plaza que es claro que dentro de un regimen escrito, el buen orden del proceso impone, con mayor rigor, la aplicación del principio de eventualidad " y por eso ha podido decir con razón Segni que su predominio es el principio que paga el proceso escrito para obtener una relativa rapidez en su tramitación (Derecho Procesal Civil, tomo I p. 325).

" Anota José Chiovenda: " el fin del legislador es dar mayor precisión al proceso, hacer posible la declaración definitiva de los derechos y garantizar su exacto cumplimiento.

" La preclusión consiste en que después de la realización de determinados actos o del transcurso de ciertos términos queda precluso a la parte del derecho de realizar otros actos procesales determinados, o en general, actos procesales". (Derecho Procesal Civil, Tomo II, p. 396).

" 3.- Y si generalmente se ha entendido el concepto de la preclusión como la pérdida de una facultad procesal, por no haberse ejecutado el acto correspondiente, la parte dentro de los términos demarcados para él por la ley, pues que cerrada una etapa del proceso se debe pasar a las siguiente sin posibilidad de regreso, es lo cierto que también opera la preclusión cuando dentro de la oportunidad indica el litigante ejercita la facultad así lo sea infructuosa o ineficazmente. Si el derecho ejercitó anteriormente la resolución judicial correspondiente debe producir como efecto la clausura de la respectiva etapa del proceso, impidiendo que el mismo derecho pueda repetirse, para no abrir la puerta por la que ingresaría a aquel el desorden y la incertidumbre.

"Como se advierte en las citas que atrás se hicieron este alcance también se le ha atribuído por la doctrina al concepto de preclusión. Dice en efecto Couture que ésta resulta, normalmente, de tres situaciones diferentes: a.- Por no haberse observado el orden u oportunidad dada por la ley para la realización de un acto; b.- Por haberse cumplido una inactividad incompatible con el ejercicio de otra; c.- Por haberse ejercido ya una vez válidamente, esa facultad (consumación propiamente dicha) (ob. cit. p. 196).

"4.- Sin embargo de que la revisión a diferencia de los recursos ordinarios y también de la casación, supone que la acción inicial y el proceso que esta genera se hallen agotados, su ejercicio tiene que regirse también por el principio preclusivo, puesto que las mismas razones de orden público y de interés social atrás referidas reclaman el arribo de un momento a partir del cual la sentencia sea absolutamente inmutable.

" Si este recurso no se ejercita en la oportunidad indicada por la ley, el derecho a formularlo precluye, que como tiene que precluir también cuando dentro de dicha oportunidad el litigante lo instaura infructuosamente.

"5.- Si bien algunos doctrinantes han sostenido que la revisión no encuadra exactamente dentro del marco del derecho a recurrir; que más bien constituye un nuevo proceso en el que se deduce, con apoyo en una situación táctica diferente a la que fue base en el anterior, una presentación impugnativa distinta e independiente de la que motivó la sentencia que se pretende aniquilar, es lo cierto que dentro del ordenamiento procesal colombiano la revisión está encargada como recurso extraordinario para impugnar una sentencia firme.

" Por razón de su naturaleza extraordinaria, la revisión conlleva limitaciones que se proyectan no solamente en la clase de sentencias susceptibles de

atacarse por esta vía y en las causales o motivos para fundar la impugnación, si no también y fundamentalmente en la actividad jurisdiccional del juzgador llamado a conocer el recurso. Y como este no puede moverse aquí con la amplia libertad que en principio corresponde al juez de instancia, no le es por ello permisible desbordar los precisos límites que para el recurso le demarque el recurrente. Es por virtud de la apuntada limitación de su actividad jurisdiccional, que el Juez que conoce de la demanda mediante la cual se formula la revisión no le es dado, como sí ocurre en la demanda inicial del proceso, integrar oficiosamente el contradictorio cuando el libelo no se dirige contra todas las personas que han debido serlo, según lo impera el artículo 83 del C.P.C., ni señala los defectos que desde el punto de vista formal ostente la demanda, para admitirla luego que el demandante lo subsane, " como lo preceptúa el artículo 85, ibidem. En este recurso extraordinario de revisión los efectos formales del libelo y coactivo de él o la no integración del contradictorio por el demandante constituyen deficiencias que conducen inexorablemente a la inadmisión de la demanda y a la imposición de multa al recurrente, tal cual paladinamente lo ordena el artículo 383 de la obra citada.

6.- Tratándose, pues, de un recurso, de interposición de la revisión, así lo sea en forma inepta o idónea, tiene que producir como efecto la consumación del acto procesal y por ende la preclusión del derecho a ejercerlo, el que con siguientemente no podrá repetirse por el mismo litigante con apoyo en idénticos motivos, muy a pesar de que aún no haya vencido el plazo establecido por la ley para proponerlo. De no aceptarse esta conclusión, un litigante se encontraría siempre en la incertidumbre frente a la situación que el fallo ejecutoriado ha creado para él, sin embargo del rechazo judicial que de la pretensión impugna tiva de su contraparte ya se ha hecho.

" Si el recurrente en revisión, con olvido de la preceptiva legal pertinente estructura su demanda con ostensibles defectos de técnica los que por la razón atrás incada no puede sanear el juez, no podrá luego equivocarse de los efectos de la inadmisión, puesto que esta ha encontrado su única causa en un hecho imputable exclusivamente a él.

"7.- Corolario obligado de todo lo atrás expuesto es el que en este recurso de revisión es inadmisibile, por haberlo ejercitado el mismo litigante en oportunidad anterior con apoyo en los mismos fundamentos del hecho.

" Como era apenas previsible, la nueva doctrina de la corte fue prestamente objetos de ataques por parte de litigantes y abogados, quien desde entonces a hoy ha venido expresando su criterio en torno a la jurisprudencia referida. Hemos tenido oportunidad de conocer los emitidos por los procesalistas colombianos Ernesto Cediel Angel, Hernando Morales Molina y Hernando Devis Echandía. El doctor cediel Angel, en concepto rendido ante la corte suprema en la revisión pedida por Jerónimo Berrocal, frente a María Apolina Berrocal, para la sentencia de la misma Corte del 23 de Septiembre de 1977, asevera que el rechazo de una demanda revisoria, " cualquiera que haya sido el motivo determinante, no impide presentarla nuevamente, mientras no haya expirado el plazo de caducidad establecido por la ley procesal para la interposición del recurso extraordinario de revisión.

" Y como fundamentos jurídicos de su opinión el doctor Cediel Angel señala lo siguiente:

" a) Tiene dicho la Corte que la caducidad produce ipso iure la extinción de la facultad de ejercer un derecho o realizar un acto por no haberlo ejercitado

dentro del término señalado por la ley, y el juez no puede admitir su ejercicio, una vez expirado el plazo, aunque el demandado no lo alegue. (Sentencia del 5 de Diciembre de 1974, aún no aplicada). De donde se sigue obviamente, que si solo la expiración del plazo a ejercer un derecho, ningún otro evento puede producir ese efecto y, por lo mismo, mientras aquel no haya expirado puede válidamente ejercer el derecho respectivo.

" b) Siendo ello así, por fuerza hay que concluir que la inadmisión de la demanda de revisión, o su rechazo, inclusive en el caso de que se haya producido por no haberse prestado oportunamente la caución, no puede colocar al demandante en imposibilidad de ejercer nuevamente su derecho, siempre que se haga valer dentro del término legal, pues que de lo contrario se le estaría haciendo producir a la inadmisión o rechazo de la demanda efectos que la ley ha reservado de modo exclusivo a la expiración del plazo de caducidad, lo cual es jurídicamente inadmisibile.

" c) No obstante es el de revisión un recurso extraordinario trátase en realidad de un nuevo proceso, puesto que el primero concluyó con la sentencia ejecutoriada materia de la revisión, el cual debe iniciarse con una verdadera demanda. La Corte así lo ha dicho reiteradamente. (Véase " G.J.#, CXLVL, p. 91). De esta suerte, si se trata de un nuevo proceso que se inicia con una nueva demanda los efectos de la inadmisión y rechazo de esta han de regirse necesariamente por las normas que de manera general regulan el punto. Y en ninguna de ellas se establece que la inadmisión o el rechazo de la demanda impidan al demandante presentar una nueva, salvo que existiendo plazo de caucidad haya vencido. Más en tal caso, la imposibilidad de presentar la nueva demanda tiene por causa la expiración del plazo y en manera alguna la inadmisión o el rechazo de aquella. Por consiguiente la inadmisión o el rechazo de la demanda de revi

sión tampoco puede colocar en imposibilidad de presentar una nueva demanda, pues de lo contrario se le estaría dando un trámite distinto, sin causa legal, al hacerlo producir a este hecho un efecto de extinción del derecho que la ley ha reservado por modo exclusivo a la expiración del plazo de caducidad.

" d) Si presentada una demanda de revindicación v.gr. el juez la inadmite y posteriormente la rechaza por no reunir los requisitos legales , o no haberse presentado los anexos ordenados por la ley, por otro de los motivos señalados en el Art. 85 del C.P.C. ¿ Podría sostenerse fundamentalmente, que por ese hecho está imposibilitado el demandante para presentar nueva demanda ? . Evidentemente no. Otro tanto ocurre si la inadmisión y posterior rechazo tiene lugar frente a una demanda de impugnación frente a la maternidad (C.C. art. 336), o de revisión por la vía ordinaria de la sentencia de filiación natural proferida por el juez de menores (Ley 75 de 1968, Art. 18), v.gr., pues tales hechos no impiden al demandante promover nueva demanda de impugnación o de revisión siempre, claro está, que no haya expirado el plazo de caducidad señalado en esas disposiciones. Y lo mismo tiene que ocurrir, pues no existe fundamento legal para sostener lo contrario, con la demanda mediante la cual se interpone el recurso extraordinario de revisión. Por consiguiente, su inadmisión o su rechazo no son óbice para que se presente una nueva dentro del término legal.

" e) Conviene tomar nota de que una de las causas por las cuales se inadmite una demanda de revisión según el Art. 383 tiene lugar cuando no se presente en el término legal .

" Lo cual significa, obviamente, que si se presenta dentro del término ha de admitirse si concurren los demás requisitos de admisibilidad, aunque con antelación hubiera sido rechazada. A la presentación de la demanda primitiva no

puede dársele efectos preclusivos, estando vigente el término para rechazarlo, requiere disposición expresa del legislador, como acontece con la facultad de reformar la demanda que el Art. 39 del C. de P.C., permite ejercitarla " una vez ". Y como tratándose de la presentación de la demanda de revisión no existe norma que solo permita hacerlo una vez, concluyénse que mientras expira el plazo puede presentarse nuevamente.

" f) Por último, observo que, de conformidad con el art. 678 ese mismo estatuto, si el juez ha señalado término para que se constituya una caución, y no se presenta oportunamente, el juez resolverá sobre los efectos de la renuncia, de conformidad con lo dispuesto en este Código (subrayo). Esos efectos se señalan en las normas que tienen y ordenan prestar la caución, como acontece con los previstos en los arts. 47 inc. 2. 683, inc. 3. 688 num. 1., entre otros. Y acontece que en el art. 383, no se dice qué efectos produce la no prestación de la caución que señale la Corte o el Tribunal, según el caso. A mi juicio, podría llenarse el vacío aplicando por analogía algunos de esos preceptos, a fin de declarar inadmisibile la demanda respectiva. Lo que no se puede es darle a ese hecho efectos que expresamente ha reservado el legislador a otro. Por consiguiente si la extinción de la facultad de ejercer un derecho y, por ende, la imposibilidad de hacerlo valer, la ha atribuido la ley, por modo exclusivo, a la expiración del plazo de caducidad, mal puede hacérsele producir ese mismo efecto a la no prestación de la caución .

"De su parte, el doctor Hernando Morales Molina, en su concepto emitido en el mismo proceso revisorio, después de compendiar el contenido de los artículos 382, 383, 385 del C. de P.C., expresa: dice el Art. 382 del C. de P.C., que el recurso de revisión se interpone por medio de demanda, cuyos requisitos formales en seguida enuncia. Expresa el 383 ibidem, que la Corte o el Tribunal

examinará si la demanda reúne los requisitos del artículo anterior y también los del Artículo 382 o sea, no aparece vencido el término de caducidad previsto en dicha norma. Y que si tales requisitos se encuentran cumplidos se señala el mandato de la caución y su naturaleza, que debe prestarse para los fines indicados. Prestada la caución se pide el expediente a la oficina de origen, y una vez recibido resolverá sobre la admisión de la demanda y acerca de las medidas cautelares solicitadas, que después de la ley 22 de 1977 se redujeron a las previstas en el segundo inciso del Art. 385, y que el inciso final del citado Art. 383 reza: "Se declarará inadmisibile la demanda cuando no se presente en el término legal o no esté dirigida contra todas las personas que deben intervenir en el recurso, o verse, sobre sentencia que no está sujeta a estos o no reúnan los requisitos formales ".

" De lo dicho se infiere que en materia de admisibilidad, la demanda pasa por dos fases, a saber, : a.- Cuando se presenta, se examina si lo fue en término y si reúne los requisitos formales, y si falla por cualquiera de dichos motivos se inadmite, pues la ley no autoriza rechazarla; b.- Cuando se ha constituido la caución, lo que presupone que la demanda se adujo en tiempo, con los requisitos formales, y que la garantía es satisfactoria, se provee sobre admisibilidad, y se declara inadmisibile si no está integrado el contradictorio o versa sobre sentencia no susceptible del recurso. En este supuesto la ley no establece, como en los procesos declarativos (art. 85) que se indique el defecto de que adolezca y se conceda el término de cinco días para que se subsane, so pena de rechazarla si el demandante no lo hiciere.

" En los procesos declarativos, y en los ejecutivos por analogía, en que el rechazo y la inadmisibilidat de la demanda aparecen diferenciados y que en la segunda puede conducir al primero, ninguna de dichas medidas impide presentar

nueva demanda, pues la ley no lo expresa, porque el auto admisorio o el de rechazo no hacen cosa juzgada según el Art. 332 del C.P.C. por tanto, aún en el proceso ejecutivo en que existe un pronunciamiento de mérito sobre la fuerza del título, nada se opone a que negado un mandamiento de pago pueda proponerse nuevo proceso con fundamento en el mismo título. Y en los procesos declarativos, si la demanda se inadmite o se rechaza, puede presentarse nueva demanda, purgando los defectos de la primera, más si el rechazo fue por caducidad, corriendo el riesgo de otro rechazo.

" El recurso extraordinario de revisión se otorga contra sentencia ejecutoriada en un proceso finalizado (Art. 379). Por lo tanto, no constituye una tercera instancia y ni siquiera una nueva faz del proceso, como si ocurre en la casación. pues esta versa sobre sentencia no ejecutoriada.

" Los doctrinantes, al precisar las diferencias entre los recursos ordinarios y los extraordinarios, hacen énfasis en que los primeros se dirigen a la sustitución de la providencia impugnada, por lo cual buscan una nueva sentencia sobre la controversia. El iudicium rescindens y el iudicium rescisión ilimitada, pues no existen causales taxativas. En cambio, en los recursos extraordinarios se pretende la rescisión de la sentencia por causales específicas, y sólo como consecuencia vendrá la sustitución de ella, sea por la misma entidad que la anula o por otra, como ocurre en la casación con reenvío, sea en la misma providencia anulatoria o en dos sentencias diferentes .

" Luego, el objeto de la demanda del recurso de revisión no es el mismo de la que determinó la sentencia revisada, ni la causa de una y otra son iguales. La del recurso está dotada de objeto y causa propios, que son la anulación de la sentencia acusada y los hechos jurídicos fundamentales de las causales in

vocadas. Por eso, en mi obra Curso de Derecho Procesal Civil, sexta edición. Parte general, pág. 623, prohibió la tesis de que la revisión realmente no es un recurso en el sentido estricto que procesalmente tiene el vocablo, sino una demanda en la cual se deduce una pretensión impugnatoria, independientemente de la que motivó la sentencia firme que se trata de prever. Y transcribo la opinión de FAIRENGUILLEN en igual sentido, que termina con esta frase: " Se trata de destruir la llamada presunción de verdad de la cosa juzgada; se dirige el proceso contra otro proceso ".

" Así las cosas, la ley no autoriza expresamente rechazar la demanda de revisión, ni siquiera por caducidad de la acción, sino declararla inadmisibile por tal razón; pero suponiendo que la inadmisión en la primera faz implicará el rechazo, no estando prohibido que puede volverse a proponer, es evidente que una nueva demanda pueda interponerse de nuevo, mientras el término de caducidad no haya transcurrido, porque la primera demanda no tuvo la fuerza de hacerlo imponderable o de interrumpirlo, pues la caducidad no admite interrupción ni suspensión.

" Parece claro que el derecho del recurrente o demandante en revisión para interponer el recurso extraordinario sólo caduca al vencerse los términos legales, conforme a la causal invocada, por lo cual, mientras estos no hayan vencido el derecho subsiste y por tanto la acción, siendo indiferente que antes se hubiera presentado demanda inadmitida o rechazada, salvo si el rechazo obedeció a caducidad, caso en que la demanda habría que inadmitirla ab initio o por excepción previa, si esta se propone. Cualquier otro motivo de inadmisión no engendra preclusión por agotamiento, pues ya se dijo que el auto respectivo no produce cosa juzgada .

" Y el doctor DEVIS ECHANDIA, quien en el proceso referido se desempeñó

como apoderado judicial del recurrente en revisión, como razones para impugnar la jurisprudencia de la Corte, expuso las siguientes :

" 1. Todo término de caducidad tiene por objeto impedir que se dé trámite a la demanda presentada con posterioridad, si así aparece de ella y sus anexos o en caso contrario que se pronuncie sentencia inhibitoria, por ser un presupuesto procesal de la acción, es decir, un requisito procesal para que esta pueda ser ejercida y el proceso pueda adelantarse.

" Lo anterior conduce a la inexorable conclusión de que mientras el término de caducidad no haya concluído, la demanda puede ser presentada y debe ser admitida, a menos que opere la ausencia de otro presupuesto, bien sea para el ejercicio de la acción o para la correcta formulación de la demanda, a saber : falta de capacidad del demandante o del demandado, indebida representación de aquel o de este, falta de jurisdicción o de competencia en el funcionario o entidad a quien se dirige, falta de postulación por no suscribirla un abogado si la ley lo exige, falta de los requisitos de forma en la demanda o de anexos obligatorios, papel oficial cuando la ley lo exige.

" 2.- La inadmisión o el rechazo de una demanda no extinguen el término pendiente que para la caducidad todavía exista, pues de lo contrario se llegaría a la inaceptable conclusión de que aquellos actos del juez recortarían el término que la ley consagra y que tiene un cuádruple contenido jurídico :

" a) Consagra un derecho para el actor subjetivo, concreto, de derecho público, a poder reclamar el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, mientras no se haya consumado la caducidad por el vencimiento del término que el legislador haya consagrado.

" b) Consagra una condición extintiva del mismo derecho subjetivo del actor, pero única y exclusivamente al extinguirse el término señalado en la ley,

" c) Consagra un deber del Estado, que debe cumplir por conducto de los funcionarios jurisdiccionales, de atender dicho derecho subjetivo del actor mientras no se haya consumado la caducidad por vencimiento del término legal que para ella consagra la ley.

" d) Consagra igualmente un deber del Estado, que debe cumplir por conducto de los funcionarios jurisdiccionales, de inadmitir o rechazar (según la regulación legal - procesal del punto), toda demanda que se les presente después de consumada la caducidad por vencimiento de dicho término legal.

" 3.- El auto de admisión o de rechazo de la demanda basado en razones diferentes a la caducidad de la acción, jamás tiene fuerza de cosa juzgada, puesto que no se pronuncia sobre la existencia del derecho pretendido ni su extinción, inclusive puede decirse que tampoco la produce cuando el motivo sea la caducidad de la acción debido a que falta una norma legal-procesal que le dé tal alcance y los autos que configuran cosa juzgada están taxativamente determinados en la ley procesal, a saber: el que aprueba una transacción, el que admite un desistimiento de la demanda o de algunas de sus pretensiones en procesos en que decreta por segunda vez la perención del proceso por la misma demanda.

" Si se le dá a dicho auto de inadmisión o de rechazo de la demanda el efecto de que ya no se puede volver a presentar esta, a pesar de que el término de la caducidad no se encuentre cumplido, sin la menor duda se le estará asignando fuerza de cosa juzgada, con el poder de extinguir el derecho sustancial pretendido, además del derecho procesal de acción, lo cual es doblemente equivoco

cado : a) porque en nuestra legislación tal auto carece de fuerza y de efectos de cosa juzgada; b) porque también en nuestra legislación dicho auto no extingue la acción para la cual no ha operado la caducidad; c) porque tampoco existe norma legal que prohíba volver a presentar la demanda inadmitida o rechazada, mientras no se haya consumado la caducidad.

" 4.- La jurisprudencia nacional ha estado de acuerdo con esta tesis, en materia de procesos ejecutivos, posesorios, de policía, y en materia de liquidación de condenas in genere y de ejecutivos para el cumplimiento de la sentencia de condena ante el juez aquo (para los dos últimos existe la caducidad de dos meses).

" En todos los casos anteriores, el rechazo de la demanda nunca ha impedido que se vuelva ella a presentar antes de que se cumpla la caducidad de diez o de tres o de un año o de los dos meses, y el rechazo de la liquidación de la condena in genere tampoco ha impedido que se vuelva a presentar con los requisitos que faltaron si el término de los dos meses no se ha cumplido.

" Se trata de casos claramente análogos, por lo cual es imperativo darle al de la demanda de revisión extraordinaria el mismo tratamiento.

" 5.- La H. sala de casación civil ha dicho en varias ocasiones, que pese a ser un " recurso extraordinario ", se trata de " un verdadero proceso ", puesto que el anterior ya ha concluido y no se revive, y que la acción se ejercita mediante una verdadera demanda. Esto refuerza la perfecta analogía que existe entre el caso de rechazo de la demanda de revisión y la de una demanda ejecutiva, posesoria o de otra clase, sujeta aquella y estas a caducidad(véase, por ej., la sentencia de 11 de Mayo de 1973).

" 6.- La misma sala de casación tuvo que asignarle al auto que falla una excepción previa de cosa juzgada, transacción, prescripción o caducidad, el ca-

rácter de sentencia, para poder asignarle el efecto de cosa juzgada que impida presentar otra vez la demanda y para otorgarle el recurso extraordinario de casación.

" También es un caso análogo al que ahora examino, pero a contrario sensu, a saber: si la providencia no tiene el carácter de sentencia, ni es auto con efectos de aquella el rechazo o la inadmisibilidad de la demanda, o sea aquella providencia, no puede producir efectos de cosa juzgada, ni impedir que se vuelva a presentar la demanda mientras no se haya consumado el lapso legal de caducidad.

" 7.- El único efecto desfavorable para el recurrente-demandante, cuando se rechaza o inadmite su demanda, es el de que con ella no se interrumpió el término de caducidad de la acción, que sigue contándose a partir del momento señalado en el art. 381 del C.de P.C. (generalmente dos años), por lo cual, sino alcanza a presentar la nueva demanda antes de que expire dicho término, se producirá inexorablemente la caducidad. Exactamente como ocurre con las acciones ejecutivas, posesorias, etc.

" 8.- Solamente para demostrar que no estoy sosteniendo un " teis de litigante " , sino una " doctrina " ya expuesta por vía general, en la imparcial exposición de mi cátedra y de mi modesto Compendio de Derecho Procesal, ruego excusarme que me autorice.

" En efecto, en la edición de 1977, del tomo III, sobre " Procesos Civi-les ", pág. 304, tuve oportunidad de comentar este punto concreto, en los si-guientes términos :

" g) Caducidad de la acción de revisión. Ya vimos los términos señala-

dos en el Art. 381 para la presentación de la demanda de revisión; su vencimiento produce la caducidad de esta. Se presenta el problema de si opera o no esa caducidad cuando la demanda se presentó en tiempo, pero fue rechazada, y luego vuelve a presentarse antes de que transcurra el término de caducidad señalado en el dicho Art. 381; en una ocasión dijo nuestra Corte Suprema que en el último caso no es admisible la segunda demanda por haberse operado una preclusión del derecho a proponer el recurso o proceso; estamos en total desacuerdo, pues la preclusión opera solamente en el curso de los procesos y diligencias judiciales pero cuando se trata de ejercicio inoportuno del derecho de acción lo que ocurre es su caducidad, la cual no puede operar si el término legal aún no ha vencido. La tesis de la Corte conduciría a rechazar por caducidad de la acción la demanda ejecutiva o posesoria presentada dentro del término legal, por haberse rechazado otra anterior, lo cual sería un absurdo. Para nosotros, mientras el término señalado en el art. 381 esté pendiente, pueden presentarse nuevamente las demandas, sin que importe que antes hayan sido rechazadas por defectos u otra causa ".

" 9.- Sacrificar el derecho sustancial y el derecho procesal subjetivo de interés público de acción para que opere este recurso extraordinario, estando vigente aún el término que para su formulación consagra la ley, porque una vez se canceló la admisión del recurso o se rechazó inicialmente, por falta de otorgar la caución en el primer caso o por deficiencias procesales en el segundo, conduce a olvidar el Art. 4o. del C. de P.C., conforme al cual :

" Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional de debido proceso, se respete el derecho de defensa (mío : tanto del de-

mandante como del demandado) y se mantenga la igualdad de las partes.

" Equivale lo anterior a que no se puede sacrificar el derecho de ninguna de las partes, con una interpretación que desarmonice con los principios generales del derecho procesal, como es la que restringe y limita el término dado por la misma ley para ejercitar el derecho de acción en estas revisiones extraordinarias, impidiendo que si una primera presentación de la demanda fracasa por inadmisión o por falta de requisito de la caución luego de admitida, pueda el interesado volverla a presentar antes de que expire el mencionado término de caducidad .

Emplazada que fue, pues, la Corte para que reconsiderará su cuestionada jurisprudencia, en auto del 11 de Febrero de 1978, proferido en el mencionado proceso, la reiteró y al efecto expuso :

" 3.- Dada la profunda solidez jurídica que estructura los pilares en que dicha doctrina se apoya, a tal punto que es la única que impide que un litigante proponga sucesiva y repetidamente el mismo recurso cuando el ejercitado otorga, por culpa suya, le fue rechazado; y evita consiguientemente que el derecho reconocido al litigante victorioso quede siempre en incertidumbre, no obstante el rechazo judicial que de la pretensión impugnativa de su contraparte se ha hecho, la Corte la ha reiterado en decisiones que son muchedumbre y no encuentra hoy razón valedera que permitiera rectificarla, como lo pretende el recurrente.

" 4.- Como quedó visto, el recurso de revisión de la sentencia del 23 de Marzo de 1977, propuesto por las mismas partes y con idénticos fundamentos en Octubre de 1977, fue declarado inadmisible por cuanto los recurrentes no prestaron la caución exigida para su trámite. El incumplimiento de esta carga procesal, que consistió en la exigencia legal de una conducta de realización facultada

tiva , establecida en el exclusivo interés de los impugnadores, tiene que traer como efecto desfavorable para ellos la pérdida de la oportunidad procesal para el ejercicio del mismo derecho.

" Así lo reconoce el mismo abogado aquí demandante, cuando al hablar de las cargas procesales dice: " la relación jurídico-procesal impone a las partes o sujetos verdaderas obligaciones que deben tener cumplimiento en el desarrollo del proceso, y cuya insatisfacción trae consecuencias más o menos graves, como la pérdida de una oportunidad procesal, la ejecutoria de una providencia adversa, o de un derecho procesal como el de designar un perito o un secuestre o bien la ejecutoria de una sentencia e inclusive la pérdida del juicio ". (HERNANDO DEVIS ECHANDIA, Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomo I, p. 65, ed. de 1961).

" Singularmente, frente a los efectos del incumplimiento de la carga procesal consiste en otorgar una caución exigida como garantía para responder por perjuicios, este mismo autor colombiano, determinando el alcance del artículo 678 del C. de P.C., dice que en su inciso 2o., esta norma dispone: que si la caución no es otorgada oportunamente, el juez resolverá sobre los efectos de la renuencia, que generalmente consiste en que precluya la oportunidad de tener el beneficio procesal, que se persigue con el acto para cuya garantía se exige . (compendio de derecho procesal, Tomo III, p. 537, edición de 1972).

" Si pues, el recurrente en revisión no constituye la caución exigida por la ley para el trámite del recurso y por tal motivo este recurso se inadmite, no le será dado a aquél. posteriormente esquivar los efectos de su propia omisión proponiendo nuevamente la misma impugnación, puesto que la inadmisión de antaño, imputable exclusivamente a su propia culpa, tiene que producir como efecto, tal cual lo pregonan la doctrina del derecho, la preclusión de la oportunidad por haberse consumado ya.

"5.- Restaría agregar hoy, para replicar al recurrente, que la tesis sentada por la Corte en materia aquí controvertida ni por asomo desconoce el contenido del artículo 4o. del C. de P.C., conforme al cual la interpretación de las normas procesales debe hacerse por el juez teniendo en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial .

" Y no lo desconoce porque el derecho que asiste a los litigantes de interponer el recurso de revisión no se niega en dicha tesis; simplemente se dice en ella que ejercitado una vez, así lo sea infructuosa o ineficazmente, se produce su preclusión por consumación, tanto más cuando la inadmisión tiene como única causa el incumplimiento de una carga procesal del recurrente, caso en el cual se tiene que considerar que la inactividad de este en el punto equivale a una renuncia implícita de la correspondiente facultad. Hablando del trámite que se le debe imprimir a este recurso extraordinario, dice HERNANDO MORALES que si el recurrente no presta la caución en tiempo, se declara inadmisibile la demanda de revisión y se archiva " (Curso de Derecho Procesal Civil, parte general, p. 631 ed. de 1973), con la cual significa que el derecho que ejercitó y que, por lo mismo, a partir de entonces, la sentencia cuya revisión se pretendió se torna absolutamente intangible .

"Al desestimar el recurso de reposición que oportunamente se propuso contra la evidencia anterior, en su auto del 4 de Abril del mismo año, no publicado aún, la Corte esgrimió las siguientes razones, como corroborativas de su tesis en el punto :

" 1o.- Como se advierte de los fundamentos en que se apoyó la providencia hoy impugnada, la tesis jurídica en que esta se edificó es el fruto del sereno y

detenido estudio que durante los últimos cuatro años la Corte ha hecho del problema cuestionado. En múltiples oportunidades la sala ha ponderado cuidadosamente los fundamentos de dicha tesis, llegando a la conclusión de que ellos se avienen justamente con los principios que doctrinaria y jurisprudencialmente estructuran la teoría general del proceso; y en varias ocasiones ha meditado, también, sobre los efectos que de ella fluyen, encontrándolos ajustados o en armonía con los más rigurosos postulados de la equidad y de la igualdad de las partes en el proceso.

" Con el propósito que siempre le ha dado de que sus decisiones queden encuadradas dentro del marco de la ley, sin asomo del menor prejuicio esta sala ha reconsiderado una vez más hoy la cuestión planteada; pero como no obstante su nueva indagación no ha encontrado razón valedera que la impulse a rectificar su doctrina, reiterándola, en cambio, tiene que decir que la inadmisión de la demanda de revisión, por deficiencias u omisiones imputables exclusivamente a la culpa del recurrente, trae como consecuencia obvia y natural la consumación del acto procesal respectiva y por ende la preclusión del derecho a ejercitarlo nuevamente, muy a pesar de que aún no haya vencido el plazo establecido por la ley para proponerlo.

" 2o.- De acuerdo con las normas legales regulativas del trámite del recurso extraordinario de revisión (Art. 383 del C.P.C.), uno de los presupestos inexcusables para la admisión de la demanda correspondiente consiste en la constitución por parte del recurrente y en la oportunidad indicada, de la caución que se le fije " para garantizar los perjuicios que pueda causar a quienes fueron parte en el proceso en que se dictó la sentencia ".

" Trátese, pues, como no lo desconoce la reposicionista, de la exigencia legal de una conducta de realización facultativa del recurrente en revisión es-

tablecida en exclusivo interés suyo, y cuya omisión le comporta una consecuencia desfavorable. Por ello, como ya lo tiene dicho la Corte, el cumplir una carga procesal como la indicada, está al arbitrio de aquella parte a la que le ha sido impuesta; satisfacerla es una potestad suya y no una obligación forzosa cuya prestación pudiera exigirse coercitivamente; goza de la alternativa de satisfacerla o no. Más si incumple la conducta que la ley le señala, si deja de comportarse conforme al canon legal, ya no podrá ejercitar el derecho respectivo o se hace acreedor a la sanción que fulmina la ley, que para el caso es la inadmisión del recurso extraordinario.

" Es preciso recordar, de otra parte, que como las cargas procesales deben en principio cumplirse inexorablemente dentro del término que la ley o el juez señalen y no en cualquier otra oportunidad, entonces ni las partes, así exista entre ellas mutuo acuerdo, ni las autoridades judiciales puedan ad libitum ampliar ese plazo o exonerar al recurrente del cumplimiento de esa carga.

" 3o.- Cuando en pretérita ocasión demanda semejante a esta se le presentó a la Corte, la sala, ciñendo su conducta a la preceptiva de los artículos 383 y 678 del Código de Procedimiento Civil, por auto del 26 de Octubre de 1977 exigió que los recurrentes prestaran caución dentro de los veinte días siguientes por la suma de \$ 250.000.00 ; y como dicha exigencia no fue cumplida, al vencimiento del término indicado " declaró inadmisibile la demanda de revisión y ordenó archivar el expediente .

" Aceptando que el incumplimiento de la carga procesal allá impuesta trae para el recurrente algún efecto desfavorable, estima sin embargo el reposicionista que dicho efecto perjudicial debe limitarse únicamente a que esa demanda no tenga curso, pero no a extinguir el derecho de interponer la revisión nuevamente, para cuyo ejercicio, conforme a la ley, le queda todavía un

término. " Más la teoría por cuya aceptación propugna del memorialista, ofrece para la Corte el inconveniente de que con ella se arrasan los efectos propios del incumplimiento de las cargas procesales. Porque si muy a pesar de la insatisfacción por el recurrente de la exigencia legal a él impuesta, como requisito para que no se le rechace la demanda, pudiera formular luego otra, y cuántas veces lo quiera, nuevas demandas de la misma revisión, habría que aceptar necesariamente que la renuncia de su conducta de no actuar conforme a la ley se convertiría para él en la determinante de una situación favorable y no désfavorable la no prestación oportuna de la caución, antes de perjudicarlo lo beneficiaría indiscutiblemente.

" 40.- Tiénense dicho ya que, conforme al principio de la eventualidad o preclusión que impera en el derecho colombiano, los actos procesales, para su eficacia, deben realizarse, dentro del preciso momento que la ley rituaría señalada para ellos y no en otro. Si el interesado deja pasar ese momento, entonces ya no puede ejercer el derecho respectivo, o se hace acreedor a la sanción que fulmina la ley.

" Siendo esto así, como en realidad lo es, tiene que seguirse que el vencimiento de la oportunidad que otrora se les dió a los aquí recurrentes para que prestaran la caución, sin que dentro de ella la hubiesen prestado, ha traído como efecto propio la preclusión del derecho a constituirla. Como esa oportunidad caducó y no es posible revivirla, la consecuencia lógica sería la de que esta segunda demanda revisoria tuviera que admitirse sin obligar al recurrente a prestar garantía, lo cual es sencillamente inadmisibile.

" Si bien el término establecido por la ley para proponer la revisión no se ha extinguido aún, sí caducó por su completo vencimiento la oportunidad determinada para cumplir el requisito de la garantía. Como efecto de este incum-

plimiento dijo la Corte en el auto impugnado, y hoy lo reitera, que ' si el recurrente en revisión no constituye la caución exigida por la ley para el trámite del recurso y por tal motivo este se inadmite, no le será dado a aquel posteriormente esquivar los efectos de su propia omisión, proponiendo nuevamente la misma impugnación, puesto que la inadmisión de antaño, imputable exclusivamente a su propia culpa, tiene que producir como efecto, tal cual lo pregona la doctrina del derecho, la preclusión de la oportunidad por haberse consumado ya '.

" 5o.- Pero hay más todavía, si el recurrente en revisión no presta la caución exigida para darle curso a su demanda, su silencio en el punto tiene que considerarse como un desistimiento tácito del recurso propuesto, o una renuncia implícita de su interés en continuar el proceso. Preséntase, en tal su puesto, el mismo desistimiento que ocurre también en la revisión cuando el revisionista, no actuando conforme lo impera el artículo 4o. de la ley 22 de 1977, incumple la carga procesal a él impuesta por esta norma; o cuando, tratándose de la apelación o de la casación, el recurrente no suministra lo necesario para expedir las copias indispensables para ejecutar la providencia impugnada, por ejemplo. " Que esta forma de desistir de actos procesales sí es admisible, lo que tiene aceptado la doctrina. En efecto, HERNANDO MORALES expresa que ' respecto a ellos (los actos procesales) el desistimiento puede ser tácito, como si no se suministra lo necesario para la apelación en el efecto devolutivo o diferido, o no se paga el porte del correo o la adición de una copia (art. 356, 132 y 389). También, cuando no se prestan ciertas cauciones que implican contracautelas, y si no se provee al avalúo para la casación " (Derecho Procesal Civil, Parte general, pág. 448, ed. de 1973. Subraya la sala).

" También el dicho desistimiento tácito contribuye a fortalecer la tesis de la preclusión de la procedencia del recurso de revisión cuando este ha sido anteriormente inadmitido.

" 6o. Cabría añadir, finalmente, que si bien es verdad que la doctrina de la Corte ha sostenido que la revisión extraordinaria es un verdadero proceso en el que se deduce, como apoyo en una situación táctica diferente a la que fue base en el anterior, una pretensión impugnativa distinta e independiente de la que motivó la sentencia que se busca aniquilar, también lo es que, ello no obstante, la corporación ha visto siempre en la revisión un recurso extraordinario para impugnar una sentencia firme. Sin que sea doble desconocerle esta categoría porque, sencillamente, es esa y no otra la que le atribuye la propia ley (art. 379 del C. de P.C.).

" Siendo pues, la revisión un recurso, este medio de impugnación, como todos los demás, únicamente puede proponerse una sola vez. La misma naturaleza de ellos impide que frente a la misma providencia se pueda proponer el mismo recurso en oportunidades diferentes, desde luego que aducido que sea en una ocasión independientemente de su resultado, el derecho a ejercitarlo precluye, así no haya vencido aún el término fijado por la ley para ello ". (20).

Es indudable que las dos posiciones tiene bastante peso jurídico, pero en lo que respecta a nuestro criterio no estamos de acuerdo con la providencia de la Corte Suprema de Justicia y solo debemos hacer énfasis en algunos puntos que consideramos importantes y que ayudarían a reforzar la tesis contraria :

a.- Es sabido que los recursos extraordinarios no constituyen una instancia del proceso; por su naturaleza se trata de actuaciones posteriores al vencimiento de las instancias respectivas, el recurso de revisión como está consagrado en el Código de Procedimiento Civil, no constituye un proceso ni de primera ni de única instancia; aun cuando consideramos que debe dársele " este contenido pero solo podrá efectuarse por una reforma al estatuto procedimental, es por ello, que tal y como lo consagra el código en nuestro medio el recurso extraor

dinario de revisión no constituye un proceso especial ".

b.- Si bien es cierto el código de procedimiento en los artículos atinentes a este punto en discusión (383) utilizó mal el término inadmisibilidad, pues todos sabemos que la inadmisibilidad de una demanda implica un término para corregirla y la causa de la inadmisión desde luego debe ser de aquellas que el demandante pueda corregir. Para este caso no debió hablarse de inadmisión sino de rechazo de la demanda de revisión, si el recurrente no ha prestado la caución en el término que le fue señalado, pues subsanar supondría otorgar otro término para el cumplimiento de la caución, caso que no se prevé en el evento de presentarse.

c.- Nuestros recursos de casación y revisión se han regulado como los más rígidos y tal vez con exagerado formulismo. Si ese riguroso formalismo se aplica al recurso de casación cuando por falta de técnica en su formulación se desconoce muchas veces el derecho sustancial, no vemos porqué deba ser menos flexible la revisión, cuando este recurso ataca una sentencia ejecutoriada y atenta contra la cosa juzgada; exigimos demasiados formulismos para atacar una sentencia que aún no ha hecho tránsito a cosa juzgada y para la revisión pretendemos ser más flexibles; por lo tanto no debemos serlo, y si la ley consagró el rigor para la casación a él debemos darle cumplimiento lo mismo que a la técnica de la revisión. Pero una cosa es acatar el formulismo de dichos recursos cuando la ley lo exige, y otra es, buscarle más formulismos por vía de interpretación para así negar el derecho sustancial. La sanción que aplicó la Corte Suprema no está consagrada en la ley, por lo tanto, no puede hacer más gravosa la situación del recurrente él podrá volver a presentar su recurso si no se le han vencido los plazos para tal efecto; porque la caución no es más que presupuesto para la admisibilidad y tramitación del recurso, pero no es un requisito de una naturaleza tan enorme como para que enerve el derecho sustancial.

Si el demandante en el proceso cautelar de embargo no presta la caución que no será ni siquiera causal de inadmisión o procedibilidad del proceso principal el cual se adelantará sin el embargo respectivo; pero, por ello, el demandante no habrá perdido el derecho a asegurar los efectos que la sentencia produciría si le fuere favorable.

d. Se alegó por parte de alguno de los profesores en el caso antes transcrito, que se debía aplicar por analogía lo dispuesto para subsanar la demanda y para volver a intentarla cuando esta fuere rechazada. Para nosotros no es equivocado este criterio, pues dichos términos y formas de subsanar son aplicables a todas las demandas que dan lugar a un proceso.

Otro punto respecto de la caución en materia de recurso de revisión que debemos aclarar es el de las cauciones para decretar medidas cautelares en la revisión; al tenor del art. 385 del C.de P.C.; frente a este punto debemos afirmar que si se pretende adelantar procesos cautelares de embargo y secuestro de bienes muebles con fundamento en el art. 690 numeral 1 literal b., se debe presentar otra caución que garantice los perjuicios que se causen con estas medidas de embargo y secuestro, pues la primera caución es de naturaleza cautelar en sí misma, y pretende asegurar los perjuicios que se ocasionan con el trámite del recurso de revisión; en el caso de practicarse embargo y secuestro de bienes autorizado en el art. 385 la caución constituye una contracautela, es decir, asegurar otra clase de perjuicios : los ocasionados con otra medida cautelar, y en su caso a terceros y si a ello diere lugar.

d) Caución del administrador. El administrador de una comunidad que se encuentra de vía de división, deberá prestar caución para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones dentro de los diez días siguientes en que se comunicó su designación.

La prestación de la caución es necesaria para que el juez dé posesión al administrador y este entre a ejercer sus funciones.

El administrador tiene las mismas obligaciones que el secuestre y será removido por las mismas causas de tal manera que si el administrador no presta la caución ordenada, será removido, como ocurre con el secuestre.

e) Caución del liquidador. El liquidador de sociedades debe constituír caución para garantizar los perjuicios que se causen con el mal manejo de los bienes sociales que se le confían; es discrecional del juez determinar el monto y naturaleza de la caución que debe prestar el liquidador lo mismo que el término que debe constituirla (631 No. 7).

El artículo 644 del C.P.C. impone también en este auxiliar de la justicia, como sanción de la no constitución de la caución su remoción.

f) Caución del síndico de la quiebra. Está obligado el síndico de la quiebra a prestar caución que garantice el correcto manejo de los bienes del fallido. Es discrecional del juez señalar el monto naturaleza de la caución y término para constituirla, es un incumplimiento de las obligaciones del síndico no constituirla y ello le acarrea su remoción del cargo (1959-60 del Código de Comercio).

g) Caución del usufructuario. El usufructuario está obligado a prestar caución de conservación y restitución del bien hasta que el usufructo se extinga, salvo el caso de tratarse de cosas fungibles en las cuales la caución se reducirá a la obligación de restituir otras tantas del mismo género y calidad o el valor que tuvieron en el momento de la restitución.

La no constitución de la caución señalada por el juez dentro del término

otorgado para tal efecto, impedirá exigir la entrega del bien materia del usufructo; en tal caso, el juez nombrará al propietario como administrador y sólo procederá la entrega una vez el usufructuario preste la respectiva caución.

El usufructuario podrá ser exonerado de caución por el propietario de la cosa o por quien la constituye (art. 834 y s.s. C.C.).

h) Caución de albacea. Siempre que albacea sea tenedor de bienes, los herederos legatarios o fidecomisarios podrán exigirle que preste caución para garantizar la seguridad de los bienes que se encuentran en sus manos. Aun cuando la norma habla de exigir las debidas seguridades, entre la que puede prestar el albacea con tenencia de bienes es la caución (art. 1354).

i) Caución en el proceso de expropiación. En el proceso de expropiación se podrá pedir por el demandante la entrega de inmuebles antes del avalúo del bien materia del proceso, pero para tal medida de entrega deberá el demandante consignar el valor del avalúo catastral a fin de que con él garantizar el pago de la indemnización a que diere lugar las respectivas expropiaciones (457 C.P. C.).

j) Caución para garantizar la abstención de realizar actos con violación de la patente. Una de las medidas cautelares que se puede decretar en el proceso cautelar para proteger la patente, dibujos y modelos industriales etc.; es la obligación al presunto usurpador de dichos derechos de prestar caución para con ella impedir la realización de hechos, los cuales han motivado la usurpación; esta caución pretende resarcir los perjuicios que pueda ocasionar el usurpador con la reincidencia en su conducta (Art. 568 del C. de Comercio).

k) Caución en caso de pérdida del certificado de depósito o bono de prenda. La persona a quien se le haya extraviado o le haya sido hurtado o destruido un certificado de depósito, o bono de prenda, y comprobado el hecho, podrá obtener la expedición de un duplicado del mismo, orden de expedición que emana de la Superintendencia Bancaria; para que el almacén lo haga, deberá el peticionario constituir caución para garantizar los perjuicios que puedan causar con el nuevo título, además como garantía de devolución al almacén del certificado de depósito o bono de prenda original en caso de recuperación (Art. 804 del C.Co.).

1) Caución para suspender el cumplimiento de la sentencia recurrida en casación. A partir del Decreto 1400 de 1970, actual Código de Procedimiento Civil, se dispuso (Art. 371) que cuando el proceso no verse exclusivamente sobre el estado civil de las personas la interposición y la concesión del recurso extraordinario de casación no producen efectos suspensivos, es decir, que la sentencia se debe cumplir aun cuando ésta haya sido recurrida. Constituye una medida cautelar el cumplimiento de la sentencia y ello constituye una sana medida a fin de no utilizar el recurso extraordinario de casación como una forma de dilatar el proceso.

Si el recurrente pretende impedir el cumplimiento de la sentencia recurrida, deberá hacer ofrecimiento de caución para garantizar los perjuicios que se puedan causar con la demora de la ejecución de la sentencia que ha sido objeto de recurso de casación, en tal evento y no tratándose el proceso exclusivamente sobre el estado civil de las personas, el Tribunal o Juez Civil del circuito cuando se trate de casación per saltum, señalará el monto de la caución, su naturaleza y el término para constituir la será de diez días contando a partir de la notificación del auto que lo ordene.

Es necesario tener en cuenta el siguiente punto; cuando la sentencia ha reconocido derechos a ambas partes, por ejemplo, se demandó la resolución de una promesa de contrato; el Tribunal decretó la nulidad por el no lleno de sus requisitos y por lo tanto que todo regreso a su estado anterior (A debe restituir a B un millón de pesos y B debe restituir a A el inmueble que se prometió vender); al ejecutarse la sentencia se debe dar cumplimiento a ambas restituciones, si ambas partes recurren en casación a ninguna le interesará el cumplimiento de la sentencia; pregunta ¿ Quien debe prestar la caución ? para este caso el tribunal deberá señalar una caución separada a ambas partes, teniendo en cuenta que con ella se garantizarán los perjuicios que se causen a uno y otro si la sentencia no es casada.

La caución que se presta para impedir el cumplimiento de la sentencia, será cancelada en el auto de obedecimiento por el superior que dicte el tribunal si la sentencia fuera casada, en caso contrario se hará efectiva la caución una vez se hallan liquidado los perjuicios por el Art. 308 del C.P.C. .

La no prestación de la caución no es razón para declarar desierto el recurso, ello conducirá a que el juez negará la suspensión de la ejecución de la sentencia y procederá a ordenar se compulsen las copias para su cumplimiento.

Cuando sean varios los recurrentes que actúan en una misma parte por ejemplo, el Tribunal podrá ordenar la prestación del monto por cauciones separadas, si los recurrentes actúan separadamente y uno solo solicita la suspensión de la ejecución de la sentencia la caución correrá a cargo de esta.

11) Contracautela para la concesión del recurso de apelación en el efecto suspensivo. En los procesos cautelares relacionados con patentes el auto que decreta la práctica de las medidas cautelares consagradas en el artículo

568, es apelable en el efecto devolutivo, es decir, se cumple la providencia apelada. Pero al recurrente se le podrá conceder el recurso en el efecto suspensivo siempre y cuando constituya una caución de igual naturaleza (bancaria, real, etc.) y monto constituido por el demandante; quiere decir esto que el recurrente dentro del término de la ejecutoria del auto que decretó las cautelas debe interponer el recurso y anexar el título con la cual constituye la caución, sin necesidad de auto que la ordene.

Esta caución garantiza los perjuicios que se causen en la no práctica de las cautelas (art. 569 C. Comercio). Esta caución es una contracautela para suspender los efectos de la providencia cautelar.

B) CAUCIONES QUE CONSTITUYEN CONTRACAUTELAS

Las contracautelas son cauciones prestadas para garantizar perjuicios que causen la práctica de otras medidas cautelares, como por ejemplo el embargo y secuestro de bienes. " Se llaman contracautelas cuando garantizan los efectos que pueden provenir de medidas cautelares como el secuestro previo.

" Por el contrario la segunda especie de caución creemos que es, típicamente la que venimos llamando una contracautela, de la que, es un sistema jurídico que se proponga otorgar las máximas facilidades para la obtención de medidas cautelares, se abrá de hacer necesariamente un amplio uso, y persigue asegurar cosa muy distinta de aquella otra " caución ": la indemnidad del sujeto a gravar con una medida cautelar de naturaleza tal que pueda producirle daño y perjuicios patrimoniales o personales " (21).

Podemos citar como cauciones que constituyen contracautelas las siguientes :

a) Contracautela para decretar y practicar embargos. Esta caución se prestar siempre que se pretenda embargar bienes antes de la notificación del auto admisorio de la demanda (690 No. 1 Literal b), o el mandamiento de pago (513) para garantizar los perjuicios que el peticionario de la medida pueda ocasionar al demandado o a terceros con la práctica.

El monto, la naturaleza y términos para constituirla debe ser señalado por el Juez en auto previo al decreto de la misma. La no constitución de la caución conllevará a la negatoria de las medidas y estas no se podrán practicar sino una vez sea notificado el mandamiento de pago. Si el proceso versa sobre el dominio y cualquier otro derecho real constituido sobre el bien etc. (Art. 690 No. 1) no podrá decretarse las medidas de embargo y secuestro sobre bienes muebles antes de la notificación del auto admisorio de la demanda y estas fueron negadas por no presentarse la caución : pues así lo dispone el mismo artículo 690 numeral 3 del C.P.C., que dispone : no procederán las medidas cautelares que hayan sido negadas anteriormente... " .

En cuanto a la Ley de Enjuiciamiento Civil Española (L.E.C.) existe una diferencia respecto de la constitución de la contracautela, ya que para tal ordenamiento el Juez exigirá fianza suficiente a quien pide el embargo para responder de los perjuicios y costas que pueda ocasionar con la medida; siempre y cuando el peticionario no tuviese responsabilidad conocida (Art. 1402 LEC). Al tenor de la misma disposición no es necesario prestar la fianza si el título fuere ejecutivo (22).

b) Contracautela para tramitar incidente de levantamiento del secuestro. Para tramitar el respectivo incidente de levantamiento del secuestro por la persona poseedora del bien, que fue secuestrado, debe prestar caución que garantice los

perjuicios que llegaren a causar con su actuación. Esta caución es diferente de la que se presta para el embargo y secuestro de bienes: pues la caución debe establecer exactamente que perjuicios garantiza y cuando se trata de este caso debe decir claramente que los perjuicios a garantizar son los que se puedan causar con la tramitación del incidente de levantamiento del secuestro.

c) Contracautela para impedir el secuestro. Cuando dentro del proceso ordinario en el cual se discute el dominio, o cualquier otro derecho real principal constituido sobre inmuebles, o el proceso versa sobre una universalidad de bienes en el cual se encuentran inmuebles vinculados y que fueron individualizados y sobre los cuales se ha practicado el registro de la demanda, podrá decretarse su secuestro autoriza el artículo 690 número 5, inciso 3.: no habrá lugar a la práctica del secuestro si el demandado presta caución para garantía de conservación y restitución de bienes, frutos y productos que arrojen la cosa. Consideramos que si se ha hecho la petición del secuestro, y con base en ella se decreta, el demandado podrá hacer el ofrecimiento de caución dentro de la ejecutoria del auto que así lo dispone el cual el juez procederá a señalar el monto, naturaleza y término para que sea prestada la mencionada caución en caso de no presentarse el Juez dará cumplimiento al auto que decretó el secuestro sin que se pueda volver a pedir la no práctica de la diligencia por ofrecimiento de caución pues en tal caso ha vencido el término que el Juez otorgó para la constitución de la misma.

d) Contracautela para suspender actos de asambleas o juntas de socios. Cuando se ha demandado la impugnación de los actos o decisiones tomadas por asambleas de accionistas o juntas de socios, en la demanda podrá pedirse su suspensión, y si el juez admite la demanda dará un término para prestar la respectiva caución con la cual que garantizarán los perjuicios que se puedan ocasio-

nar, el juez deberá además señalar el término para constituirla lo mismo que su naturaleza; prestada ésta, el juez la calificará y si ésta reúne las exigencias se decretará la suspensión. Es de anotar que si el juez ordena prestar la caución es porque va a decretar la suspensión en el caso de la constitución de la caución, por lo tanto, el juez podrá negar el señalamiento de la caución si considera que no es necesario dicha suspensión porque no causarán perjuicios graves ya que es discrecional del juez su decreto. Si no se presta la caución se negará el pedimento de suspensión y no se podrá volver sobre el punto pues, solo es tá autorizada para ser pedida en la demanda.

e) Contracautela para impedir que se embarguen bienes u obtener el levantamiento de las practicadas. Si se han embargado bienes podrá el ejecutado pedirle al juez que le señale una cuantía para ser consignada a órdenes del juzgado que garantizará el pago del crédito, las costas y con ello obtener el levantamiento de los embargos y secuestros practicados salvo que se encuentre embargado el remanente sólo se decretará su desembargo cuando se demuestre la cancelación. La cuantía que señala el juez debe estar acorde con el límite máximo ordenado por la ley para decretar los embargos. La suma consignada quedará embargada y se procederá al levantamiento de la medida. Nótese que esta contracautela se constituye en dinero que deberá quedar consignada a ordenes del juzgado.

También podrá dentro del término para cumplir la obligación obtenerse el levantamiento del embargo presta otra clase de caución diferente del dinero que puede ser bancario o de compañía de seguros por el monto que el juez considere suficientes y que garantice la consignación a órdenes del juzgado del valor del crédito y de las costas, esta caución deberá ser prestada dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que desestime de las excepciones o la sentencia que ordena seguir adelante la ejecución (519 C.P.C.).

f) Contracautela para practicar medidas preventivas en el recurso de revisión. Cuando se demanda el recurso extraordinario de revisión, podrá solicitarse en la demanda o en cualquier momento posterior, la práctica de las medidas cautelares tales como el registro de la demanda o el embargo y secuestro de bienes muebles no sujetos a registro, siempre y cuando el proceso al cual se le revisa su sentencia, hubiere versado sobre el dominio o cualquier otro derecho real constituido sobre muebles o inmuebles, o sobre una universalidad de bienes en donde éstos fueron individualizados. Cuando se trata de bienes muebles no sujetos a registro, para llegarse al decreto de las medidas de embargo y secuestro deberá presentarse nueva caución, es decir, diferente de la que se ordenó prestar para la tramitación del recurso de revisión ya que esta garantiza perjuicios diferentes; la caución para el trámite de la revisión garantiza perjuicios que se causen a las personas que fueron parte en el proceso lo mismo que las costas y gastos con ocasión del recurso; la caución para decretar y practicar las medidas cautelares de embargo y secuestro garantizarán otra clase de perjuicios que son los que se causen a las partes o terceros con las medidas.

Por lo tanto no se puede decir, que la caución que se presta para la tramitación del recurso de revisión cobija a los perjuicios que se causen con las medidas de embargo y secuestro.

g) Contracautela para practicar medidas preventivas por competencia desleal. Cuando una persona realiza actos que según la ley constituyen competencia desleal podrá pedir en la misma demanda que además de la indemnización de perjuicios se tomen las medidas cautelares necesarias a fin de que el competidor desleal se abstenga de repetir dichos actos como competencia desleal. En el auto admisorio de la demanda el juez decretará de plano las cautelas pero para ello deberá el demandante constituir caución en momento que el juez le

señale y en el término prudencial a consideración del juez para que dichas medidas sean decretadas Art. 76 del C.C. .

h) Contracautela para decretar secuestros o suspender la representación, ejecución, exhibición de una obra teatral, musical, cinematográfica y otras semejantes. Para poder obtener el secuestro preventivo de toda obra, edición, ejemplares, productos que se hayan obtenido con la enajenación o alquiler de tales obras, edición o ejemplares y del producto de representación teatral, cinematográfica, filarmónica y otros análogos, así como la suspensión de la presentación, ejecución o exhibición de una obra teatral, musical, cinematográfica que se van a presentar, ejecutar o exhibir en público, el autor, el editor, los causahabientes, quienes tengan la representación de estos deberán prestar caución para garantizar los perjuicios que se puedan causar con las cautelas (art. 109 numeral 2, 112 del la Ley 86/4 Ley 23 de 1982 Art. 244).

C) MEDIDAS CAUTELARES QUE NO REQUIEREN CONTRACAUTELA

Entre las medidas cautelares que no requieren la constitución de cauciones para ser decretadas tenemos: las medidas de embargo y secuestro de bienes, cuando ha sido notificado el auto admisorio se solicita la medida una vez trabada la relación jurídica procesal (art. 514 del C.P.C.) Embargo y secuestro en procesos, nulidad , divorcio del matrimonio civil, separación de bienes, y liquidación de la sociedad conyugal; lanzamiento; ejecución de costas perjuicios cuando esta se efectúa en el mismo proceso en que la decretaron y liquidaron. El registro de la demanda, esta medida a partir del Decreto 1440 de 1970, actual Código de Procedimiento no consagró la constitución de la caución antes mencionada como sí lo ordenó la ley 38 de 1945.

Guarda y aposiciones de sellos, cuando se practican medidas preliminares de aseguramiento de los bienes que constituyeron el patrimonio del causante pa

ra tal caso la ley no consagró la constitución de caución para su decreto práctica.

El secuestro de bienes para la declaratoria de bienes vacantes o montrencos; secuestro de bienes muebles para rematar en procesos divisorios. Embargo y secuestro en procesos quebrarios.

V. REGIMEN JURIDICO DE LAS CAUCIONES.

A) REQUISITOS

a) Subjetivos. Las cauciones serán ordenadas por el juez y corresponde a las partes prestarlas cuando la ley los exige.

b) Objetivos. Para poderle exigir una caución o una parte es necesario que la ley ordene que sea prestada; es decir, rige también el sistema de taxatividad. De otro lado la caución en nuestra legislación debe constituirse en la forma ordenada por el juez y aquella autoriza constituirse caución de las siguientes maneras :

1. Cauciones en dinero. Las cuales se constituyen efectuando el respectivo depósito en la entidad bancaria autorizada para tal efecto, quien libra el respectivo título a órdenes del juzgado o tribunal que pidió la medida. Existe un orden de prelación de dichas consignaciones encabezadas por el Banco Popular. Si en el lugar no existe esta entidad, o por cualquier razón el Banco no puede recibir el depósito, se podrá efectuar en el Banco de la República a falta de este la Caja Agraria, etc.

2. Cauciones Reales. Son las llamadas cauciones hipotecarias o prendarias y que se otorgan a favor del juzgado o tribunal que la ordenó.

La hipotecaria se constituirá sobre bienes que puedan soportar esta clase de gravámenes, el juez concederá un término para tal efecto, en el que se deberá constituir la respectiva escritura pública, el notario expedirá un certificado sobre la fecha en que fue firmado el documento de hipoteca, que se le presentará al juez con copia auténtica de la minuta respectiva, el título de propiedad del bien un certificado de su tradición y libertad en un período de 20 años y un certificado de avalúo catastral.

Aun cuando el artículo habla de inmuebles y, certificado de avalúo catastral, ello no implica que la caución hipotecaria no se pueda prestar sobre otra clase de bienes que puedan soportar la hipoteca tal es el caso de una aeronave; creemos que no se debe limitar la medida única y exclusivamente a los inmuebles.

Una vez registrada la hipoteca a favor del juzgado o tribunal deberá ser presentada al juez dentro del término de seis días.

Es de anotar que los documentos en su conjunto deben satisfacer la exigencia del juez teniendo en cuenta la naturaleza del proceso y el fin de la caución, pues si de ellos aparece insuficiencia el juez la descalificará y se toma en cuenta como si el obligado no hubiera dado cumplimiento a dicha carga: son motivos para descalificarla los siguientes: estar inscrito un embargo y registrada una demanda o no pertenecer el bien a la persona que constituyó el gravamen etc. Si los documentos no son presentados en el término que el juez señale para tal efecto y en el señalado en la ley para presentar la escritura, el juez procederá a levantar la hipoteca si esta se llegó a constituir.

Respecto a la caución prendaria deberá en el término que el juez señale para constituir la caución, presentar junto con los bienes un certificado de la cotización de los mismos en última operación que sobre ellos se haya efec

tuado en una bolsa de valores, o su avalúo practicado por dos peritos que se encuentren en las listas oficiales, debidamente autenticado ante el mismo juez o notario, estos bienes serán presentados al juez quien de inmediato ordenará su depósito en un establecimiento bancario u otro que preste al mismo servicio siempre y cuando la caución haya sido aceptada por el juez. Cuando los bienes no pueden ser depositados se procederá a su secuestro de acuerdo con las reglas que rigen la materia, si en el momento del secuestro se formula oposición el juez estudiará las pruebas que de el presente y si la encuentra fundada prescinde del secuestro y dará la caución por no prestada: " También se descalificará cuando el valor de los bienes no satisfaga al juzgado, o si no se presentan los documentos objeto de la prenda o las pruebas que su valor del término para prestar la caución, supuestos en que ésta se entienda no prestada " (23).

Qué sucede si después de secuestrados los bienes depositados se presentara por ejemplo un secuestro y demuestra que los bienes fueron secuestrados en otro proceso y se encontraban en manos de la persona que constituyó la prenda, en depósito , se debe decretar nulidad de la actuación a que se dió origen la presentación de la caución y se entenderá como si ésta no se hubiere prestado, además de las sanciones por falta de lealtad de las partes, condena en perjucios las costas y las sanciones penales que diere lugar lo mismo que las disciplinarias si los apoderados participaron del engaño al juez.

" La prenda en todo caso será con tenencia, aunque consista en maquinaria, semovientes o cosechas ". (24).

3. Bancarias ú otorgadas por compañías de seguros u otras entidades. Consistentes en pólizas de seguros, en la cual la entidad que emite la mencionada póliza se constituye como garante de la persona que debe prestar la caución y esta entra a responder por lo que se pretende asegurar hasta el monto

señalado por el juez; la póliza de seguros en la actualidad es la forma más utilizada en Colombia.

De otro lado el juez deberá señalar el monto de la caución y este deberá ser proporcional al peligro que ha de correrse.

c) De actividad. Sigue las reglas generales respecto del lugar, tiempo y forma.

VI. PROCEDIMIENTO

Las cauciones no tienen un procedimiento especialmente procesal; son algo embrionario y se desarrolla rápidamente, como actos propios de la caución tenemos:

A) PROVIDENCIA QUE ORDENA CONSTITUIRLA.

El juez deberá encontrarse ante una situación que ordene prestarla no es necesario, que el obligado, solicite se le fije esta bastará con que pida una cautela que la requiera para que el juez ordene su constitución. Esta providencia deberá ser notificada al obligado por lo menos, para el cumplimiento de la misma.

B) CONSTITUCION Y CALIFICACION.

El obligado deberá constituirla en la forma y cuantía establecida en el auto respectivo. Prestada el juez deberá calificarla y si la considera ajusta da a sus exigencias no será necesario que así lo exprese sino que ordenará la actuación correspondiente. En caso contrario podrá el juez ordenar se complete si esta es insuficiente o negar la actuación si no da garantías.

VII. EFECTOS DE LAS CAUCIONES

La caución entrará a producir todos sus efectos si la sentencia es contraria a quien pidió determinada actuación, no se cancelarán hasta tanto no se agoten las respectivas actuaciones para lo cual fueron pedidas.

De otro lado, la caución se constituirá en título ejecutivo para el pago de los perjuicios que estaba asegurando.

Cuando dentro del proceso ejecutivo se hubiere prestado caución bancaria o la Compañía de Seguros, el gerente deberá consignar el valor de lo garanti-
zado en los tres días siguientes al auto que lo ordene, si ello no ocurre el juez librará mandamiento de pago contra la compañía bancaria o de seguros que se constituyó como garantía, actuación con la cual se formará cuaderno separado, y en el mismo mandamiento de pago se decreta embargo y secuestro de los bienes de propiedad del garante que denuncie al garantizado.

Nótese que en este evento no será necesario presentar demanda ejecutiva pues basta solamente que el juez haya dado la orden de consignación de la suma que garantizó la compañía de seguros o la entidad bancaria para proferirse el mandamiento de pago; cuando se solicite que se libere el mandamiento de pago en el mismo escrito se solicitará el decreto de medidas de embargo y secuestro pues estas no las puede decretar el juez de oficio, es necesario prestar cau-
ción para practicar los mencionados embargos ya que en la práctica con estos también se pueden cometer abusos y exageraciones.

Cuando la caución constituída fuere hipotecaria o prendaria solamente podrá embargar y secuestrar los bienes afectados con el gravamen si existen otros acreedores, hipotecarios se citarán a fin de que puedan hacer valer sus créditos.

- (1) PAULE, Tome J. Teoría General de las Cauciones Procesales. Revista de Derecho Procesal Iberoamericana. Madrid. 1962.
- (2) Ibidem. p. 115 y 116. " Mediante ella, las partes, delante del magistrado, afirmaban y negaban de un modo solemne el derecho controvertido y después celebraban una apuesta que era, precisamente, el sacramentum que, si bien, en su origen debió de ser un juramento prestado por los litigantes en presencia de testigos como afirma PRIETO DE FRANCISCI, en el momento histórico más conocido consiste en la promesa de entregar el Estado el importante de la apuesta por el vencido en el juicio. En el actio per sacramentum destaca el formulismo que caracterizó todo este período. Ante el Magistrado, el redamante colocaba su festuca sobre la cosa y pronunciaba las palabras : Huc ego homine, ex iure Quiritum meum esse secundum suam causam. Sicut dixi ecce tibi vindictam imposui. Después, el contradictor hacía su contravindicatio, se hacía como un simulacro de lucha entre las partes (manum conserere) y entonces el pretor intervenía, diciendo: Fittite ambo hominen. El demandado preguntaba la razón de su conducta y una vez contestado es cuando preguntaba la razón de su conducta y una vez contestado es cuando se provocaba la apuesta. La summa sacramenti era de 50 ó 500 ases según que el valor de la cosa fuera menor o mayor de 1.000 ases había que depositarlos en el acto, aunque más tarde bastara con la promesa asegurada con los praedes sacramenti ".
- (3) Ver cita : 35 Supra. Capítulo I .
- (4) CALAMANDREI, Piero. ob. cit. p. 63. " Merecen ser tratadas como cuarto grupo aquellas providencias cuya denominación revela típicamente la finalidad cautelar, que consiste en la imposición por parte del Juez de una caución, la prestación de la cual se ordena al interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial ".
- (5) SERRA DOMINGUEZ, Manuel. ob. cit. p. 76. " b) Cauciones. Mayor importancia tiene las cauciones o fianzas necesarias para la realización de determinados actos procesales y que tienden a garantizar los posibles perjuicios materiales derivados del acto concreto. En este sentido su función cautelar genérica es evidente, tendiendo a prevenir el peligro derivado de la posible insolvencia de beneficiado por el acto procesal.

Incluso los eventuales perjuicios derivados de la adopción de una medida cautelar pueden ser asegurados mediante una caución o fianza. No es de extrañar por tanto que las cauciones hayan sido consideradas ya desde CALAMANDREI, como medidas cautelares ".

- (6) Ibidem. p. 77. " Sin embargo, incluso para los autores citados aparece como evidente la diferencia entre las cauciones y las verdaderas medidas cautelares, prescindiendo de los logrados intentos de sistematización de las cauciones, lo cierto es que la multiplicidad de las instituciones que requieren una caución y la necesaria correspondencia entre la caución y la medida procesal garantizada, impiden en términos legislativos unificar el tratamiento de las cauciones. Estas no requieren procedimiento de declaración, como ocurre con las verdaderas medidas cautelares, ni se refieren a una medida principal, sino que son en sí mismas principales. No puede ser objeto de ejecución, sino que constituyen una carga procesal que se deja al cumplimiento voluntario del solicitante ".
- (7) Ibidem. p. 77 " Si se consideran como medidas cautelares, también se podría incluir en este grupo a la hipoteca cuyo carácter cautelar y asegurativo resulta más evidente. En definitiva, agrupar dentro de un género común las medidas cautelares y las cauciones no solo no presenta ventaja alguna, sino que redundaría en notorios inconvenientes doctrinales y prácticos ".
- (8) Ver cita :
- (9) SERRA DOMINGUEZ, Manuel. ob. cit, p. 77
- (10) PAULE, Tome J. ob. cit. p. 109 " Aunque la finalidad de garantía sea la nota esencial característica, tanto de los procesos cautelares como de las cauciones, no pueden confundirse ambas instituciones ".
- (11) Ibidem. p. 110 " En primer lugar, porque el proceso cautelar constituye un procedimiento autónomo: " El poder jurídico de obtener una de estas resoluciones es una forma por sí misma de acción (acción aseguradora); y es pura acción, que no puede considerarse como accesorio del derecho garantizado porque existe como poder actual cuando todavía no se sabe si el derecho garantizado existe ". nos dice CHIOVENDA. En cambio, la caución no puede considerarse como procedimiento independiente. Como dice GUASP " la caución procesal no constituye en realidad un proceso cautelar autónomo, sino que es simple medida inserta dentro del proceso en que la cautela se exige ".
- (12) Ver Supra: Nota característica del Proceso Cautelar.
- (13) GUASP DELGADO, Jaime. ob. cit. p. 685.
- (14) PAULE, Tome J. ob. cit. p. 110. " En segundo lugar, porque tienen finalidad distinta. Las cauciones, como indicamos, tienen finalidad única: el aseguramiento del pago de responsabilidades pecunarias. En cambio, los procesos cautelares tienden a asegurar la efectividad de la resolución que pueda recaer, o sea, que además del aseguramiento del pago de responsabilidades de ese tipo que puedan ser impuestas en la sentencia, como ocurre con el embargo preventivo encaminado a prevenirse contra la insolvencia, puedan tener como finalidad el aseguramiento de

la eventual condena de entrega de inmueble, de muebles, de frutos, o de cualquier otra prestación de hacer o no hacer ".

- (15) Ibidem. p. 110. " Una tercera diferencia, accesoria, puede verse en que para la imposición de las cauciones es siempre necesaria que el procedimiento principal esté pendiente; en cambio, los procesos cautelares no exigen tal pendencia, pues sabido es que pueden ser adoptados aún con anterioridad al procedimiento que han de facilitar. Aparece, pues, el proceso cautelar como un procedimiento independiente de finalidad mucho más amplio que la simple actuación procesal que constituye la caución ".
- (16) CALAMANDREI, Piero. ob. cit. p. 76
- (17) COUTURE, Eduardo J. La caución procesal. Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires. Driskill 1979.
- (18) Ibidem. p. 625
- (19) MURCIA BALLEEN, Humberto. Recurso de Revisión Civil. p. 177-178-179-. Providencia dictada en el proceso revisorio de Hotel Americano contra Casino Turístico, no publicada en la " C.J. " citada en la obra .
- (20) Ibidem. p. 183 a 206.
- (21) El sistema de medidas cautelares. IX Reunión de Profesores de Derecho Procesal. Ediciones Universidad de Navarra S.A.. Pamplona. 1974. In forme rendido por Leonardo PRIETO CASTRO, p. 115 .
- (22) La L.E.C. dispone en el artículo 1429 con seis numerales los títulos que tienen aparejada ejecución.
- (23) MORALES MOLINA, Hernando. ob. cit. p. 627.
- (24) Ibidem. p. 626.

OTRAS MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIALES

I. GUARDA Y APOSICION DE SELLOS

A) APOSICION DE SELLOS

Consiste en adherir papel de sellamiento o cinta; colocándolas a todos aquellos elementos a las puertas de los lugares de propiedad del difunto a fin de impedir el acceso de personas al mismo, no sin antes elaborar una relación de documentos, bien muebles encontrados en dicho lugar, bien sea por la autoridad de policía o por el juez en su caso; en esta relación deberá incluirse los bienes que en el momento de su fallecimiento este poseía o estaban bajo su vigilancia; consideramos que si en el lugar existe un bien que posiblemente el difunto lo tenía en calidad de tenedor debe también relacionarse pues en la diligencia no podrá discutirse ningún derecho que el causante pudiera tener sobre los bienes muebles; la simple diligencia pretende asegurar o impedir que los mismos se distraigan.

Esta medida puede ser decretada y practicada por la autoridad de policía cuando lo solicite una persona que demuestre la defunción y sumariedad un interés efectivo o presunto en el proceso de sucesión, además del sindico recaudador del impuesto de sucesiones.

Esta diligencia también puede ser decretada por el juez municipal en donde se encuentran los bienes, a los cuales se pretende asegurar, aun cuando

este no sea el competente para conocer posteriormente del proceso de sucesión. Esta diligencia debe ser practicada dentro de los treinta días siguientes a la defunción, pues se debe actuar con mucha rapidez.

B) LA GUARDA DE BIENES

Esta medida estrictamente de carácter judicial, no puede ser practicada ni decretada por la autoridad de policía y debe ir acompañada de la aposición de sellos.

Esta medida de guarda persigue también que los bienes no se extravíen, se deterioren, etc. La conducta de guardar significa conservar en el despacho judicial las cosas (libros y papeles) o sus llaves (de los locales en donde se encuentren los muebles o las llaves de estos últimos), la de ordenar el depósito si se trata de joyas, objetos preciosos o dinero y la orden de su custodia por la policía (art. 576 C.P.C.).

Estas medidas pueden ser tomadas dentro de los 30 días siguientes a la defunción del causante.

C) TERMINACION DE DICHAS MEDIDAS

Estas medidas terminan si dentro de los 10 días siguientes a la diligencia no se ha demandado la sucesión. En caso contrario el juez decretará el secuestro provisional, una vez sea demandado el proceso y el juez competente ya tenga en su poder la diligencia de guarda o aposición de sellos practicadas por el juez municipal del lugar en donde se encuentran los bienes o la diligencia de fijación de sellos efectuada por la autoridad decretará su levantamiento y ordenará la entrega a quienes en el proceso de sucesión demuestren tener derecho a administrarlos (cónyuges, herederos, etc.).

II. ALIMENTOS PROVISIONALES EN PROCESOS DIFERENTES A LOS PROCESOS DE ALIMENTOS DEFINITIVOS

Son varios los procesos en donde por economía procesal la ley colombiana autoriza el señalamiento de alimentos, aun cuando no sea este el objeto principal del proceso, entre ellos podemos citar: el divorcio, la separación de cuerpos tanto del matrimonio civil como canónico (artículo 27 de la Ley 1a. de 1976) nulidad del matrimonio civil.

Si bien es cierto la medida cautelar de señalamiento de los alimentos provisionales no constituyen el objeto del proceso principal no hay obstáculo para que allí mismo se soliciten y decreten, teniendo en cuenta que el proceso principal ha de resolver sobre ellos en la sentencia por cuanto lo expresa de la ley.

Este señalamiento constituye una cautela ya que como los demás no se trata de asegurar el efecto principal del proceso de divorcio o separación de cuerpos sino que con ello se trata de asegurar un efecto secundario que ha de producir la sentencia.

La medida persigue asegurar el cumplimiento de las obligaciones conyugales respecto de los hijos ya que serán estos los desprotegidos una vez se instaura el proceso.

Nótese que los alimentos provisionales también los puede reclamar el otro cónyuge por mandato expreso de la ley, y para su pago se autoriza en el proceso de separación de cuerpos y de divorcio, el embargo y secuestro en los bienes tanto gananciales como propios.

El art. 411 del C.P.C. en el inciso segundo dispone que el señalamiento de los alimentos se efectuará cuando la capacidad económica estuviese comprobada, pudiéndose ejecutar las cuotas alimentarias provisionales, de acuerdo con el artículo 426 del C.P.C. Consideramos también que los alimentos en los procesos matrimoniales pueden ser pedidos por el Ministerio Público, cuando estos sean señalados para los menores, toda vez que el artículo 410 del C.P.C. dispone que el Ministerio Público tendrá todas " las facultades de parte en interés de los hijos mejores ", asimismo el artículo 27 numeral 2o. de la Ley 1a. de 1976, ordena incorporar el artículo 410 a las disposiciones de divorcio en lo pertinente; lo mismo sucede con la separación de cuerpos que da aplicación a las normas de divorcio según el párrafo 1o. del artículo 27 de la Ley 1a. de 1976.

Este es uno de los casos en donde se manifiesta la medida cautelar ya que el objeto del proceso no son los alimentos, sino que por una vinculación con el objeto principal (separación , divorcio, etc.) se autorizan aquellos. Con esta afirmación parte la exposición del profesor VICENTE HERCE QUEMADA en el caso de los alimentos provisionales como medida cautelar: " La obtención de alimentos provisionales como medida cautelar en función o dentro de un proceso ya iniciado sobre objeto distinto de la prestación alimenticia, se manifiesta en la LEC" (1).

De otro lado vale recordar, que también es procedente el señalamiento de alimentos en el proceso de quiebra, que su artículo 1946 numeral 10o. dispone: " La fijación de una suma mensual para la subsistencia del quebrado y de las personas legalmente a su cargo, a título de alimentos necesarios y mientras dure el juicio, que se tomará de los bienes de la masa, y que si fuere objetada se regulará por el juez con conocimiento de causa (C.C., 411). "

III. EL COMISO DE ARTICULOS FABRICADOS CON VIOLACION DE LA PATENTE

Esta medida fue creada por el artículo 568 del C. de Comercio con el objeto de proteger la propiedad industrial.

Pero busquemos entonces la naturaleza jurídica de esta medida, para poder observar su importancia y su diferencia frente a las otras cautelas estudias por la doctrina; y para ello nos apoyaremos en las definiciones dadas por los juristas ESCRICHE " Toda especie de confiscación y viene de la palabra latina COMMISSUM, que se emplea en el mismo sentido en el cuerpo del derecho romano ".

De acuerdo con la definición de la academia quiere decir la voz comiso " La pena de perdimiento de la cosa el que incurre el que comercia en géneros prohibidos ". Así también en permitidos pero faltando los documentos pedidos por las leyes como las guías o faltando la fidelidad de ellos o defraudando los derechos ". (2)

MARTINEZ ALCUBILLA (3) sostiene: " Comiso es la pena de pedimento de alguna cosa o del género en que se trafica con infracción de las leyes fiscales, o de las caballerías, carruajes o buques donde se transportaban efectos de contrabando en ciertos casos o de los instrumentos que provengan de un delito o falta o de los instrumentos con que se ejecuta ".

Así las cosas, tenemos que por definición se trata de una sentencia de bienes a favor del estado quien pasará a ser su propietario. Pero al " parecer " lo que pretendió el Código fue retener dichos bienes con el objeto de realizarlos en pública subasta para el posible pago de los perjuicios que se puedan ocasionar con la conducta violatoria de la propiedad industrial.

Realmente creemos que es la única solución posible que puede dársele a este punto, ya que no podemos pensar que el código de comercio, quizo entregarle a favor del Estado dichos bienes, o de otro lado entregárselos en propiedad al demandante. En tal caso de aceptarse lo que hemos propuesto no podemos concluír en otra cosa que sostener que se trata de una medida de embargo de dichos bienes o lo que conduce a su realización en pública subasta.

Ahora bien, la redacción de la norma da varias posibilidades de " Medidas Cautelares " ello hace pensar que su objetivo inmediato es proteger al dueño de la propiedad industrial y asegurar efectos de la sentencia porque ha utilizado la denominación cautelas.

Consideramos entonces que el Código del Comercio en su artículo 568 hizo mal uso del vocabulario jurídico, llevando a contradicciones y dificultades de tipo técnico y práctico; porque nos preguntamos ¿ Cómo se practica la diligencia de decomiso ? ¿ Se asemeja al secuestro ? ¿ Qué efectos produce tal medida ? ¿ Quedan los bienes decomisados fuera del comercio ? ¿ A qué persona se le entregarán ? Realmente todos estos interrogantes nos formulamos sin que en contremos respuestas para ellos.

Si pensamos que se trata de una confiscación de bienes, estamos violando la constitución ya que está en su artículo 34 dispone: " No podrá interponerse pena de confiscación ".

Así las cosas, tendremos que decir que la figura " comiso " sobra del código ya que las demás cautelas a practicar garantizan suficientemente los derechos del titular de la patente.

- (1) HERCE QUEMADA, Vicente. ob. cit. p.
- (2) ESCRICHE. Enciclopedia Jurídica Omeba. ob. cit. voz comiso.
- (3) MARTINEZ ALCUBILLA. Ibidem voz comiso.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

A

- AGUIRRE GODOY, Mario Código Procesal Civil y Mercantil. Guatemala. Estudios de Abogacía y Notariado. 1973.
- ALMAGRO NOSETE, José Justicia Constitucional. Madrid. Artigrafía. 1980 .
- ALLORIO, Enrico Problemas de Derecho Procesal. Trad. SANTIAGO SENTIS MELENDO. Buenos Aires. ejea.- 1963.
- ALLORIO, Enrico Per una Nozione del Processo Cautelare. Revista di diritto processuales. 1936.
- ARAGONESES ALONSO, Pedro Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil. Revista de la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala. Sept. 1982.
- ARCHILA, José Antonio Código Judicial Comentado. Bogotá. Cromos. 1938
- AYARRAGAY, Carlos A. El Embargo y el Desembargo del Proceso. Revista de

Derecho Procesal, publicación Iberoamericana y Filipina; v. 4o.; 2a. época. Madrid. 1963.

B

BONIVENTO FERNANDEZ, José

Alejandro

Los Principios Contratos Civiles y su Paralelo con los Comerciales. Bogotá. Profesional. 1979.

C

CALAMANDREI, Piero

Instituciones del Proceso Civil. Buenos Aires. Ejea. 1973.

CALAMANDREI, Piero

Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares. Trad. SANTIAGO SENTIS MELENDO. Buenos Aires. Bibliografía Argentina. 1945.

CALVET BOTELLA, Julio

Sobre el Depósito de Bienes Muebles Embargados. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal; v. 2-3; Madrid. 1977 .

CALVOSA,

— ² La Tutela Cautelar. Turín. 1963

CARNELUTTI, Francisco

— Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano. Tras. JAIME GUASP DELGADO. Barcelona. Bosh, 1942

CARNELUTTI, Francisco

Sistema de Derecho Procesal Civil. Trad. NICETO ALCALA ZAMORA. Buenos Aires. Uteha Argentina. 1944

CARRERAS, Jorge Las Medidas Cautelares del Artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estudios de Derecho Procesal. Barcelona. Bosh. 1962.

CHIOVENDA, José Principios de Derecho Procesal Civil. Trad. JOSE CASAS Y SANTALO. Madrid. Reus. 1977

COUTURE, Eduardo J. La Caución Procesal. Enciclopedia Jurídica. Omeba. Buenos Aires. Driskill. 1979.

D

DE DIEGO LORA, Carmelo Del Interdicto de Obra Nueva. Madrid. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. 1959.

Del Interdicto de Obra Ruinosa. Madrid. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. 1960.

DE LA PLAZA, Manuel Derecho Procesal Civil Español. Madrid. Revista de Derecho Privado. 1955.

DE MIGUEL ALONSO, Carlos Notas sobre el Proceso Cautelar. Revista de Derecho Procesal. Madrid. 1966. (4).

DE POMBO, Lino Recopilación de las leyes de la Nueva Granada. Bogotá. Imprenta de Zoila Salazar, 1845.

DEVIS ECHANDIA, Hernando Compendio de Derecho Procesal Civil. Bogotá. A.B. C. 1980.

- DEVIS ECHANDIA, Hernando Nuevo Procedimiento Civil Colombiano. Bogotá, Ed. Rosaristas. 1971.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando Tratado de Derecho Procesal Civil. Bogotá, Temis 1964.
- DOMINGUEZ DE MOLINA, Joaquín Efectos de las Anotaciones de Demanda con relación al Procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Madrid. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, número 198. 1955 .
- DUQUE ECHEVERRI, Emilio Del Arbitramento Mercantil. Medellín. Bedout. 1974

E

- ESCRIBANO, Carlos Medidas Precautorias en el Juicio de Divorcio y Separación de Bienes. Buenos Aires. Ghersi. 1978

F

- FAIREN GUILLEN, Víctor Los Procesos y Medidas Cautelares. Pamplona. Eunsa. 1974.
- FAIREN GUILLEN, Víctor La Reforma del Proceso Cautelar Español. Temas de Ordenamiento Procesal. Madrid. Tecnos. 1969.
- FERNANDEZ DE MOREDA,
Francisco Blasco Medidas Precautelares. Enciclopedia Jurídica. Omeba. Buenos Aires. Driskill. 1979 .

- FRANCO NERO, Doti Sobre la oportunidad de adoptar por parte de distintos estados la institución italiana de fianza por costas. Madrid. 1954.
- FONT SERRA, Eduardo Las Medidas Cautelares como Manifestación de la Justicia Preventiva. Pamplona. Eunsa. 1974.
- FUEYO LANERI, Fernando Teoría General de los Registros. Buenos Aires. Astrea. 1982 .
- G
- GALLEGO MORELL, Manuel El Artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Madrid. Revista de Derecho Procesal. Año IX. 1953
- GALLEGO MORRELL, Manuel El Sistema de Medidas Cautelares en el Derecho Comparado. Madrid. 1956 .
- GARCIA RAMIREZ, Sergio Las Medidas Cautelares. México. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. número 24. 1975 .
- GARCIA SARMIENTO, Eduardo Medidas Cautelares. Bogotá. El Foro de la Justicia 1981
- GELSI BIDART, Adolfo Medidas para asegurar la efectividad de la sentencia. Madrid. Revista general de legislación y jurisprudencia. V. 195. 1953 .

- GIMENO SENDRA, José Vicente El proceso de impugnación de las sociedades anónimas y cooperativas. Medidas Cautelares. Madrid Civitas. 1981.
- GOLDSCHIMIDT, James Derecho Procesal Civil. Trad. NICETO ALCALA ZAMORA Y CASTILLO. Barcelona, Enciclopedia de Ciencias Jurídicas y Sociales, Labor S.A., 1936.
- GOLWLAND, Norberto La excepción de arraigo en el juicio de derecho internacional. Madrid. Revista de Derecho Procesal. año V. No. 1; 1949.
- GOMEZ ORBANEJA, Emilio Derecho Procesal Civil. Madrid. Artes Gráficas y Ediciones. 1979.
- GONZALEZ MONTES, José Las Medidas Cautelares Personales en Nuestro Ordenamiento. Pamplona. Eunsa. 1974 .
- GONZALEZ-DELEITO DOMINGO, Nicolás Medidas Cautelares Personales en Nuestro Ordenamiento. Pamplona. Eunsa. 1974.
- GONZALEZ VELASQUEZ, Julio Institución Procesal Civil Colombiana. Medellín. Librería y Ediciones Teoría. 1946
- GRAD, Mirta Graciela Excepción de Arraigo y Caucción. Rosario. Revista de Estudios Procesales. número 34. 1980

- GUASP DELGADO, Jaime Derecho Procesal Civil, 2a, Reimpresión, 3a. Edición. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 1977.
- GUTIERREZ ALVIZ Y ARMARIO, Faustino El Embargo Preventivo sin Documento Cualificado. Pamplona. Eunsa. 1974 .
- GUTIERREZ DE CABIEDEZ, Eduardo Elementos Esenciales para un Sistema de Medidas Cautelares. Pamplona. Eunsa. 1974
- H
- HERCE QUEMADA, Vicente Reforma del Proceso Cautelar. Madrid. Revista de Derecho Procesal. 4. 1966 .
- HERCE QUEMADA, Vicente Derecho Procesal Civil. Madrid. Artes Gráficas y Ediciones. 1979 .
- L
- LAFONT PIANETTA, Pedro Derecho de Sucesiones. Bogotá, Profesional. 1981.
- LATORRE FONSECA, Rafael Conferencias. Código de Procedimiento Civil. Bogotá. Edicolsa. 1977
- LATORRE, Luis Felipe Procedimiento Civil Colombiano. Bogotá. Voluntad. 1951.

- LACRUZ BERDEJO, José Luis Problemas de Interdicción de Obra Nueva, Madrid.
Revista de Derecho Procesal. 1967.
- LIEBMAN, Enrico Tullio Unità del Procedimento Cautelare.
- LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil Colombiano. Bogotá. Uniexternado. 1983.
- M
- MANZANAREZ SAMANIEGO,
José Luis El artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
Madrid. Revista de Derecho Procesal.
- MONTERO AROCA, Juan La Caución Juratoria y el Proceso del Artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Madrid. Revista de Derecho Procesal 19.
- MONTERO AROCA, Juan El Sistema de Medidas Cautelares su Concreción en el Proceso Laboral. Pamplona. Eunsa. 1974.
- MONTES REYES, Amalia La Anotación Preventiva como Manifestación de la Justicia Preventiva. Pamplona. Eunsa. 1974.
- MONTOYA GIL, Horacio De los Concordatos y las Quiebras de los Comerciantes. Bogotá. Bedout. 1979.
- MORA, Nelson.

- MORALES MOLINA, Hernando Curso de Derecho Procesal Civil. Bogotá. A.B.C. 1978
- MORALES MOLINA, Hernando Estudios de Derecho Procesal. Bogotá. Ed. Rosaristas. 1982.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo Derecho de Menores. Bogotá. Wilches. 1983.
- MURCIA BALLEEN, Humberto El Recurso de Revisión Civil. Bogotá. El Foro de la Justicia. 1981.

N

- NARVAEZ, José Ignacio Teoría General de las Sociedades. Bogotá. Profesional. 1980
- NAVARRINI, Humberto La Quiebra, Madrid. Reus. 1943
- NOVELLINO, Norberto José Embargo y Desembargo y demás Medidas Cautelares. Buenos Aires. Albeledo-Perrot. 1979

P

- PALLARES, Eduardo Diccionario de Derecho Procesal Civil. México. Porrúa. 1977 .
- PARDO, Antonio J. Tratado de Derecho Procesal Civil. 2a. Ed. Medellín. Ed. Universidad de Antioquia. 1967.

- PARRA QUIJANO, Jairo El Derecho a Visitas y sus Aspectos Probatorios. Conferencia. Bogotá. 1984
- PEREZ GORDO, Alonso La Ejecución Provisional en el Proceso Civil. Barcelona. Bosh, 1973.
- PEREZ VIVES, Alvaro Teoría General de las Obligaciones. Bogotá. Temis. 1955 .
- PEYRANO, Jorge Walter ¿ Quién Prueba la insolvencia del demandante, que hace procedente el arraigo del juicio ? Rosario. Revista de Estudios Procesales. número 24. 1975.
- PEYRANO, Jorge Walter Medidas Cautelares Innovativa. Buenos Aires. Depalma. 1981 .
- PRIETO CASTRO, Leonardo Derecho Procesal Civil. Pamplona. Aranzadi. 1982
- PRIETO CASTRO, Leonardo Derecho Concursal, Procedimiento Sucesorios, jurisdicción voluntaria. Medidas Cautelares. Madrid. Tecnos. Manuales Universitarios. 1975.
- PRIETO CASTRO, Leonardo Comunicación sobre Medidas Cautelares. Pamplona. Eunsa. 1974.

R

- RAMIREZ, Jorge Orlando Medidas Cautelares. Buenos Aires. Depalma. 1976.

- RAMOS GONZALEZ, José María El Arbitrio del Embargo. Madrid, Revista de Legislación y Jurisprudencia. 1969 .
- RAMOS MENDEZ, Francisco La Anotación Preventiva de la Demanda. Barcelona. Bosh. 1980
- RAMOS MENDEZ, Francisco Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil. Barcelona 1974.
- REDENTI, Enrico Derecho Procesal Civil. Trad. SANTIAGO SENTIS MELLENDO. Buenos Aires. Ejea. 1957
- REIMUNDIN, Ricardo Prohibición de Innovar como Medida Cautelar. Buenos Aires. 1979
- REYES MONTERREAL, José María Anotación de Embargo Trabado sobre Bienes Gananciales. Madrid. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. número 214. 1973
- RILLO CANALE, Oscar I. El Secuestro. Enciclopedia Jurídica. Omeba, Buenos Aires. Driskill. 1979.
- ROCCO, Ugo Tratado de Derecho Procesal Civil. El Proceso Cautelar. Bogotá. Temis. Depalma. 1977 .
- ROSEMBERG, Leo Tratado de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. Ejea. 1955.

- RUSSO, Oscar Norberto. Las Medidas de Aseguramiento de Pruebas en el Código de Procedimiento Civil de Santa Fé. Rosario
Revista de Estudios Procesales. 1969

S

- SALAMANCA MOLANO, Guillermo Las Medidas Cautelares en los Procesos civiles y Laborales. Ponencia V Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Manizalez. 1983.
- SAENZ JIMENEZ, Jesús Compendio de Derecho Procesal Civil, Penal. Madrid. Santillana. 1965 .
- SERRA DOMINGUEZ, Manuel Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil. Barcelona. Industrias Gráficas M. Pareja. 1974 .
- SUAREZ HERNANDEZ, Daniel Proceso y Fe Pública. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, número 10. 1984.

T

- TOME, Paupe J. Teoría General de las Cauciones Procesales. Madrid. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. 1962.

V

- VALENCIA ZEA, Arturo Derecho Civil. Bogotá, Temis, 1980

VIADA LOPEZ, Carlos

Embargo de Futuro. Madrid, Revista de Derecho Pro
cesal. 1948.